Die Fristsetzung in § 326 BGB. unter Mitberücksichtigung des § 375 HGB. in ihren Voraussetzungen und ihrer Beschaffenheit bei Kaufverträgen.

Bernard Stuer

30:236

Die Fristsetzung in § 326 BGB. unter Mitberücksichtigung des § 375 HGB. in ihren Voraussetzungen und ihrer Beschaffenheit bei Kaufverträgen.

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer hohen juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Bernard Stuer
Gerichtsassessor
im Bezirk des Oberlandesgerichts zu Hamm i. W.

Approbiert am 4. Juli 1930.

Westfälische Vereinsdruckerei A.-G., Münster i. Westf.
1 9 3 0

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Kübler
Dekan: Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter.

Literaturverzeichnis.

Archiv für zivilistische Praxis.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Brückmann: Nachfrist bei Erfüllungsverweigerung, in D. J. Z. 1902, S. 220.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band 1, 6. Aufl., Jena 1913.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Das Recht: Rundschau für den Deutschen Juristenstand (R. G. i. R.).

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Aufl. Halle 1915.

Deutsche Juristenzeitung.

Deutsche Richterzeitung. Jahrg. 1925.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl., Bd. 2, Mannheim-Leipzig 1910.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, II, 23. bis 27. Aufl. Marburg 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Frankenburger: Erfüllungsverzicht beim Kauf, in J. W. 1925, S. 546.

Fischer: Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. München 1927.

Goldmann-Lilienthal: Das BGB. schematisch dargestellt. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1903.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Heckmann: Die Fristsetzung im Zivilrecht. Greifswald 1918.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Hirsch: Rechtliche Bedeutung der in § 326 BGB. gestellten Nachfrist. In Holdheimers Monatsschrift. Bd. 16, S. 11.

Hoeninger: Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge. In L. Z. 1911, S. 582.

Juristische Wochenschrift.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen. 5. Jahrg. 1902.

Kaufmann: Wann ist die Frist angemessen? In D. J. Z. 1908, S. 1100.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, I. Berlin 1906.

Könige: Ist das Verlangen sofortiger Vertragserfüllung als Setzung einer Nachfrist im Sinne des § 326 BGB. anzuerkennen? In L. Z. 1907, S. 48.

Krahmer: Gegenseitige Verträge. Halle 1904.

Kratzert: Wie muß die Fristbestimmungserklärung des § 326 BGB. beschaffen sein und wann bedarf es zur Herbeischaffung der Folgen aus § 326 BGB. einer Fristsetzung nicht? Greifswald 1910.

Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Krückmann: Institutionen des BGB. 4. Aufl. Göttingen 1912.

Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht für das BGB. Bd. 1. München und Leipzig 1929.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1914.

Marx: Zur Auslegung des § 326 BGB. in J. W. 1924.

Motive zum Entwurf eines HGB. für die preußischen Staaten. Berlin 1857.

Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 1, Berlin-Leipzig 1888.

Niedner: Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, in D. J. Z. 1901, S. 443.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.

Oertmann: Der Kauf mit Spezifikation. In Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 85, S. 202.

Pescatore: Wahlschuldverhältnisse. München 1905.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2, I. 4. Aufl. Berlin 1914.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für Studium und Praxis. Berlin 1903.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schlieven und Seyffarth, Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. Bd. 1, 6. Aufl. Berlin 1928.

Romeick: Zur Technik des BGB. Heft 1. Fristbestimmung. Stuttgart 1901.

Romeick: Fristbestimmung, in D. J. Z. 1901, S. 493.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896. München 1900.

Schneider: Die einseitige Fristbestimmung im BGB. Rostock 1903.

Simonson: Fristbestimmung und Androhung aus § 326 BGB. bei erklärter Erfüllungsverweigerung, in D. J. Z. 1902, S. 121.

Sörgel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1929.

Staub: Unter „juristische Rundschau" in D. J. Z. 1902, S. 67.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Aufl. Berlin 1907; 9. Aufl. Berlin 1913; 12. und 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1930; Bd. 2, II, München-Berlin-Leipzig 1928.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1, 13. Aufl. Tübingen 1926.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1906.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Tübingen 1929.

Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. Im Arch. . Ziv. Prax. Bd. 92, S. 1 ff.

Wigginghaus: Die einseitige Fristbestimmung. Erlangen 1911.

Zander: Der Verkauf auf Abruf, in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 304.

Zeitung der Anwaltskammer im Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg, Jahrg. 1903.

Zitelmann: Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Vorbemerkung 9

B. Hauptteil:

1. Die Voraussetzung der Fristsetzung: 9
   a) im Falle des § 326 BGB. 9
   b) im Falle des § 375 HGB. 17
2. Die Beschaffenheit der Fristsetzung: 19
   a) der Form nach: 19
      aa) die Formierung an sich 19
      bb) der Zeitpunkt der Fristsetzung 23
   b) dem Inhalt nach: 27
      aa) eine angemessene Frist 27
      bb) eine zu kurze Frist 28
      cc) eine zu lange Frist 36
      dd) eine bestimmte Frist 37
3. Die beteiligten Personen: 39
   a) der Erklärende: 39
      aa) der Nichtsäumige persönlich 39
      bb) der Zessionar 40
      cc) die Fristsetzung im Urteil 41
      dd) die Weigerung des Erklärenden 43
   b) der Erklärungsempfänger: 44
      aa) der Empfänger persönlich 44
      bb) der zur Empfangsnahme Berechtigte: 45
         bb_1) bei Einzelvertretung 45
         bb_2) bei Gesamtvertretung: 45
4. Fälle, in denen es keiner Fristsetzung bedarf: . . 46
   a) bei Verzicht des Säumigen 46
   b) bei Erfüllungsverweigerung des Säumigen 47
   c) bei Interessenlosigkeit des Nichtsäumigen 50

C. Zusammenfassung 52

A. Vorbemerkung.

Im gewöhnlichen Rechtsleben unterscheidet man gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche Fristen, je nachdem diese durch die Rechtsordnung selbst vorgeschrieben, oder ob sie durch den Richter oder kraft rechtsgeschäftlicher Parteivereinbarung gesetzt sind. Letztere können nun wieder durch übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien gesetzt oder aber auch lediglich durch die Willenserklärung nur einer Partei zum Ausdruck gebracht werden. Diese Art der Fristbestimmung war dem früheren Recht unbekannt. Sie ist erstmalig durch das BGB. eingeführt worden, das eine ganze Reihe solcher Vorschriften enthält:

§§ 250, 264, II, 283, I, 326, 354, 355, 466, 496, 634, I, 910, 1003, 1056, II, 1133, 1347, II, 2193, III.

Die hier interessierende Vorschrift ist die des § 326 BGB.

B. Hauptteil.

1. Die Voraussetzungen der Fristsetzung:

a) im Falle des § 326 BGB.

Voraussetzung des § 326 BGB. ist, daß bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Das Kennzeichen eines gegenseitigen Vertrages ist, daß jeder der Vertragschließenden Gläubiger und Schuldner ist und zwar in dem Sinne, daß sie wechselseitig ihre Leistungen austauschen wollen. Er ist, wie Enneccerus[1]) bemerkt, ein Vertrag „durch den sich jeder der Vertragschließenden eine Leistung versprechen läßt und als Entgelt eine Leistung verspricht". Es gehören hierher alle Um-

---

[1]) § 256, I, 1.

satzgeschäfte des täglichen Lebens und als deren wichtigste und am häufigsten vorkommende die Kaufgeschäfte.[2])

Als weitere Voraussetzung erfordert der Tatbestand, daß der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist (Schuldnerverzug). Nach § 284 BGB. versteht man unter Verzug das Nichtleisten einer fälligen Verbindlichkeit trotz Mahnung. Fällig ist eine Forderung in der Regel dann, wenn der Schuldner sie zu leisten verpflichtet, und der Gläubiger sie zu fordern berechtigt ist. Es darf daher dem Schuldner die Leistung weder gestundet sein, noch darf ihm eine Einrede zustehen, auf deren Grund er die Leistung, wenn auch nur vorübergehend, verweigern kann. Denn ein Verzug kann deswegen nicht eintreten, weil dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite steht, und er somit das Unterbleiben der Leistung auch nicht zu vertreten hat. (§ 285 BGB.) Daher wird schon durch das bloße Bestehen der Einrede, und nicht erst durch deren Geltendmachung[3]) das Eintreten des Verzuges ausgeschlossen. Das ergibt sich auch aus der von Leonhard[4]) angestellten Erwägung, daß der Schuldner, wenn er nicht zu leisten braucht, auch nicht haftbar gemacht werden kann. Diesen Standpunkt teilt auch die herrschende Literatur[5]) und Rechtsprechung.[6])

Um nun den Verzug zu begründen, muß der Gläubiger sein Forderungsrecht auch tatsächlich zum Ausdruck bringen. Denn die Fälligkeit allein begründet keinen Verzug. Das geschieht eben erst durch die Mahnung. Erst durch diese kommt der Schuldner in Verzug. Denn in allen Fällen, in denen keine kalendermäßige Zeit der Leistung vereinbart ist, kommt der Schuldner erst durch die Mahnung in Verzug. Das besagt der § 284 BGB.[7])

---

[2]) vgl. Heck § 42, 2 u. 3.

[3]) Staudinger, § 284 A, 1, Planck § 284, 3a, u. Oertmann § 284, I.

[4]) § 276, S. 511.

[5]) RGR. Kommentar § 284, a, 2, Enneccerus § 274 I, Kress § 19, 4, a, Leonhard § 267, S. 511 u. Heck § 36, 4.

[6]) RG. in J. W. 1921 S. 523, 1925 S. 1748 Nr. 4, RG. in R. 1925 Nr. 1248; OLG. Dresden i. Seuff. A. Bd. 72, S. 354, Bd. 76, S. 74.

[7]) Näheres bei Leonhard S. 514, u. Heck § 36, 5.

Eine hier interessierende Frage ist noch die, ob auch bei Kaufverträgen mit sofortiger Lieferung es einer Mahnung bedarf, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Ganz abgesehen davon, daß es bei der Vereinbarung der sofortigen Lieferung sich nicht um ein Fixgeschäft handelt, worauf man durch die Vereinbarung der sofortigen Lieferung verfallen könnte, ist diese Frage mit Kohler[8]) im allgemeinen zu bejahen. Denn das „sofort" bedeutet im allgemeinen nur so bald als möglich, d. h. als es der gewöhnliche Geschäftsbetrieb erlaubt, soll geleistet werden. Ebenso liegt kein Fall einer kalendermäßig bestimmten Zeit vor, wenn Zahlung per sofortige Kasse vereinbart ist, oder wenn „Zahlung in den ersten Tagen eines Monats" vereinbart wird.[9]) Desgleichen nicht, wenn irgend eine Zahlungsbedingung vereinbart wird, z. B. Zahlung soll Zug um Zug erfolgen gegen Leistung der Ware oder nach 14 Tagen nach Lieferung der Ware.[10]) Es bedarf also in all diesen Fällen noch der Mahnung, um den Schuldner in Verzug zu setzen.

Die Mahnung selbst ist eine einseitige, empfangsbedürftige, formlose, gegebenenfalls auch stillschweigende an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers zu leisten.[11]) Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben, denn es bedarf nicht einmal des Wortes „Mahnung" und kann unter Umständen sogar durch konkluente Handlung erfolgen. Die Erklärung des Gläubigers muß nur dem Schuldner Klarheit darüber beschaffen, daß er nunmehr die geschuldete Leistung haben will.[12]) Es genügt zu ihrer Wirksamkeit die Abgabe seitens des Gläubigers und das Zugeben (§ 130 BGB.) bei dem Gegner. Das Verhalten des Gegners ist daher völlig bedeutungslos.

Zu bemerken ist aber noch, daß das Ausbleiben der Leistung auf einem Umstand beruhen muß, den der Schuldner

---

[8]) Bd. 2, S. 48. [9]) ROH. Bd. 14, S. 33. [10]) Staub, § 374, Anm. 15.
[11]) vgl. Leonhard S. 517, Heck § 36, 6; RGR. Kommentar § 284, Nr. 2, Planck § 284, 4a, Matthiass § 80, II, A, 2.
[12]) Staudinger § 284, II, a, Planck § 284, 4, a, Oertmann § 284, 2, e, Fischer-Henle § 284, a, 1.

zu vertreten hat. (§ 285 BGB.) Zu vertreten hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst, seiner gesetzlichen Vertreter und derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. (§ 276, § 278 BGB.) Handelt es sich jedoch um einen Gattungskauf, so hat der Verkäufer sein Unvermögen zur Lieferung auch dann zu vertreten, wenn ihn kein Verschulden trifft, so lange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist und billigerweise zugemutet werden kann. (§ 279 BGB.)

Das Recht der Fristsetzung steht dem Gläubiger, wie oben schon erwähnt, bei allen Schuldverhältnissen aus gegenseitigen Verträgen zu, auch wenn dem Schuldner eine Gegenforderung zusteht, und er die an sich ziffernmäßig bestimmte ihm obliegnde Leistung um diesen Betrag kürzen darf.[13]) Es fragt sich nur, was das Gesetz unter „obliegender Leistung" im Sinne dieser Vorschrift meint. Für die Anwendbarkeit des § 326 BGB. genügt nicht ein Verzug mit irgend einer Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage. Es ist vielmehr immer ein Verzug mit einer Hauptleistung erforderlich.[14]) Als solche ist beim Kaufvertrage zweifellos die Übergabe der Sache und die Eigentumsverschaffung als Leistung des Verkäufers und die Zahlung des Kaufpreises als Leistung des Käufers anzusehen. Streitig ist, ob auch die Abnahme des verkauften Gegenstandes als Leistung seitens des Käufers im Sinne von § 326 BGB. angesehen werden muß.

Die herrschende Meinung und mit ihr auch das Reichsgericht wollen grundsätzlich diese Frage verneinen und sie nur bejahen, wenn die Abnahmepflicht sich als Hauptleistung darstellt.

Staub[15]) verneint grundsätzlich die Möglichkeit, den § 326 BGB. auch auf den Verzug des Käufers mit der Abnahme eines verkauften Gegenstandes anzuwenden. Die Abnahmepflicht des Käufers sei keineswegs weder juristisch noch wirtschaftlich ein Aequivalent für die Lieferungspflicht des Käufers. Der Ausgleich sei nur das Geld — der Kaufpreis —,

---

[13]) Vgl. Staudinger § 326, 1, b.
[14]) Vgl. RG. Bd. 110, S. 284.
[15]) Vgl. § 374 Anm. 165 u. 168a.

und nur dieser stehe zu der Leistungspflicht des Verkäufers in dem benannten synallagmatischen Verhältnis und nicht die Abnahmepflicht des Käufers. Auch könne man nicht sagen, daß der im § 326 BGB. erörterte Fall der teilweisen Nichterfüllung vorliege, wenn eine solche Nebenleistung nicht erfüllt würde, und daß daher die Folgen der teilweisen Nichterfüllung Platz greifen, da diese teilweise Nichterfüllung des § 326 BGB. eine quantitative Nichterfüllung voraussetze, die hier aber nicht vorliege. Hinzu komme noch, daß der § 326 BGB. in den Art. 354—356 des alten HGB. sein Vorbild habe und diese vorausgesetzt haben, daß die beiden Kontrahenten mit ihrer eigentlichen und begrifflichen Gegenleistung, der Verkäufer mit der Übergabe der Ware und der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises, in Verzug seien. Es sei unbillig, wenn ein Käufer einer Maschine, bei der der Verkäufer es unterlassen habe, die versprochene Probefahrt zu machen, alle die weitgehenden Rechte aus § 326 und § 325 Abs. 2 BGB. haben solle, die den ganzen Vertrag ergriffen und unter Umständen ihn seines Anspruches auf den Kaufpreis verlustig gehen ließen. Wo aber die Abnahmepflicht kraft Parteiwillens, sei es durch Vertrag oder durch die Natur des Geschäftes zu einer Hauptleistung geworden sei, sei auch die Anwendbarkeit des § 326 BGB. gegeben.

Zu derselben Ansicht kommt auch Oertmann.[16]) Er gibt mit Staub zu, daß die Abnahmepflicht an sich nur eine Nebenpflicht zu der Zahlungspflicht sei. Als solche stehe sie an sich in keinem synallagmatischen Verhältnis zu der Leistung des Verkäufers, und die Vorschrift des § 326 sei daher grundsätzlich nicht anwendbar. Wo aber die Abnahme des Kaufgegenstandes die einzige oder doch die vornehmste Pflicht des Käufers bilde, sei die Anwendbarkeit des § 326 BGB. zu bejahen.

Diese Meinung wird auch von Leonhard[17]) vertreten.

Auf demselben Standpunkt steht auch das RG.[18]) Es betont ausdrücklich, daß die Gesetzesvorschrift des § 326 BGB.

---

[16]) Vgl. § 326, 3e. [17]) S. 530.

[18]) RG. Bd. 53 S. 164, 57, 110; 70, 238; 92, 270; 101, 431; RG. i. LZ. 1922 S. 117.

nicht dahin ausgelegt werden dürfe, daß hier jeder Verzug mit irgend einem Teil der im übrigen noch nicht erfüllten Leistung ausreiche, um dem anderen Teile die Rechte aus § 326 BGB. zu eröffnen. Vielmehr würde in jener Gesetzesbestimmung, worauf der Wortlaut — Verzug mit der ihm obliegenden Leistung — unzweideutig hinweise, ein Verzug mit der Leistung vorausgesetzt, welche die Hauptleistung sei oder doch zur Hauptleistung gehöre. Diese, dem Wortlaut des Gesetzes entnommene Auslegung sei durch die in dem zweiten Satze ausgesprochenen Rechtsfolgen bestätigt, wonach der nichtsäumige Teil nach Ablauf der unter Androhung der Ablehnung gesetzten Frist berechtigt sei, Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstatt der durch Verzug unmöglich gemachten Erfüllung des Vertrages zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.

Im Gegensatz hierzu wird von Düringer-Hachenburg [19]) die Meinung vertreten, mit Rücksicht auf Billigkeit und das Verkehrsbedürfnis müsse man die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 BGB. schlechthin auf jeden Fall eines Abnahmeverzuges gelten lassen. Der Verkäufer könne ohne weiteres bei steigender Konjunktur vom Vertrage zurücktreten, bei sinkender Konjunktur die Differenz als Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen und sei zugleich noch von den als lästig empfundenen Formalitäten des Selbsthilfeverkaufs befreit.

Diese Ansicht vertritt auch Planck,[20]) ebenso Zander.[21])

Die erstere Ansicht scheint jedoch den Vorzug zu verdienen. Auch meines Erachtens steht grundsätzlich die Abnahmepflicht des Käufers in keinem synallagmatischen Verhältnis zu der Lieferungspflicht des Verkäufers. Sowohl juristisch wie auch wirtschaftlich ist bei Geschäften des täglichen Lebens die Abnahme der verkauften Sache kein Aequivalent für die Pflichten des Verkäufers. Das Aequivalent ist lediglich die Zahlung des Kaufpreises. Daher dürfen mit dieser vielfach nebensächlichen Leistung, wie es in der Regel die Abnahme der verkauften Sache ist, ohne innere Berechtigung die so weitreichenden Wirkungen des § 326 BGB. nicht ver-

[19]) Bd. 3 S. 182. [20]) § 336, 4, c. [21]) a. a. O. S. 327.

knüpft werden. Gerade das Letztere möchte ich mit Staudinger[22]) der Begründung von Hachenburg entgegenhalten und daher die Abnahmepflicht grundsätzlich nicht als Hauptleistung im Sinne von § 326 BGB. ansehen. Die gegenteilige Auffassung findet m. E. auch keinen Anhaltspunkt weder im Gesetz noch in den Materialien. In den Motiven[23]) wird im Gegenteil diese Pflicht als bloßes „naturale negotii" im Gegensatz zu dem „essentiale negotii" bezeichnet. Auch ist wie Staudinger[24]) richtig betont, nicht erfindlich wie der Gesetzgeber zu einer derartigen Überspannung des Erfordernisses der Abnahmeverpflichtung kommen soll. Bei konsequenter gegenteiliger Auffassung müßte man z. B. einem Kaufvertrage, bei dem die Parteien vereinbart haben der Verkäufer habe bei Verweigerung der Abnahme nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus § 375 HGB., eben die Eigenschaft eines Kaufvertrages entziehen, da es ihm an einem wesentlichen Teil ermangelt.[25]) Daß das zu weit geht, liegt klar.

Da aber infolge der Natur und des Gegenstandes des betreffenden Geschäftes — so im Großhandel bei Lieferung von Massenproduktion und Massenartikel oder z. B. infolge besonderer Vertragsbedingungen, z. B. bei Verkäufen ab Schiff — die Abnahmepflicht so wichtig sein kann, daß sie als Hauptpflicht oder sogar als einzige Pflicht des Käufers erscheint, so möchte ich für diese Fälle die Anwendbarkeit des § 326 BGB. gegeben sein lassen. Denn dieser erfordert, sowohl seinem Inhalt als auch seinem Wortlaut nach, daß der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Damit ist unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die Leistung entweder eine Hauptleistung ist oder doch eine solche, die ihrem Inhalt nach zu einer Hauptleistung gehört. Das entspricht sowohl dem Sinn des § 326 BGB., als auch den Verkehrsbedürfnissen und wird auch in den meisten Fällen zu einem billigen Ergebnis führen.

Im Anschluß hieran ist nur noch die Frage zu erörtern, wie ein von den Parteien vereinbarter Abruf zu behandeln ist.

---

[22]) Vgl. § 326 I, 1b. [23]) Bd. 2, S. 318. [24]) § 433, 2d.
[25]) Vgl. RG. Bd. 57, S. 110 u. 111.

Zuvor ist zu erwähnen, daß gemäß § 271 BGB. der Verkäufer verpflichtet ist, die Ware sofort zu liefern, wenn nichts Entgegenstehendes vereinbart ist. Haben die Parteien vereinbart, daß die Lieferung erst auf Abruf zu erfolgen habe, so ist damit zum Ausdruck gebracht, daß die Leistung erst auf Anfordern des Käufers fällig werden und auch dann erst geleistet werden soll. Die Anwendbarkeit des § 326 BGB. und damit auch die Fristsetzung wird daher von der Frage abhängen, ob diese Abrufspflicht des Käufers als eine Hauptleistung im Sinne des § 326 BGB. anzusehen ist und der Verzug mit dieser Pflicht dem Verkäufer die obengenannten Rechte verleiht.

Diese Frage wird von Zander[26]) ausführlich behandelt. Er vertritt die Ansicht, daß der Abruf weder ein Teil der Abnahmepflicht noch irgendwie eine Schuldenpflicht sei. Der Abruf bedeute lediglich für den Käufer ein Recht, aber begründe keine Pflicht. Unterbleibe der Abruf, so gehe das Recht unter. Durch die Nichtausübung eines untergegangenen Rechts könne aber natürlich kein Verzug entstehen.

Diese so kraß der Literatur[27]) entgegentretende Auffassung ist m. E. nicht zu billigen. Zander verkennt, wie auch Heckmann[28]) betont, daß die Abrede auf Abruf im Wirtschaftsleben eine ganz verschiedene Bedeutung haben kann. Der Abruf stellt zwar ein Recht des Käufers dar. Aber das besagt noch nicht, daß dieses Recht nicht zugleich eine Verpflichtung, eine Leistung enthalten kann. Auch hier ist m. E. derselbe Weg wie bei der vorgehend erörterten Streitfrage zu gehen und zu sagen, daß dort, wo der Abruf für den Käufer eine Hauptpflicht darstellt, er zu einer Hauptleistung oder wenigstens zu einer Hauptleistung gehörigen Leistung des Käufers wird. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb nicht hier die Parteien den Inhalt eines Kaufvertrages dahin bestimmen können, daß der Abruf eine Hauptpflicht des Käufers darstellt. Man denke z. B. daran, daß zugleich mit dem Abruf

---

[26]) a. a. O. S. 304.
[27]) insbes. Staudinger § 326, I, 1b; Staub § 374 Anm. 168b.
[28]) Heckmann S. 76.

der Käufer die Pflicht zu spezifizieren hätte. Der Käufer, der den schuldigen Abruf unterläßt, hindert m. E. den Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages nicht minder als derjenige, der bei einem einfachen Kaufe die ihm tatsächlich angebotene Ware zurückweist; wie denn auch § 295 BGB. in Anschluß an die bisherige Rchtsauffassung bestimmt, daß ein nur wörtliches Angebot zur Herbeiführung des Gläubigerverzuges genügt, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, wozu insbesondere der Fall gehört, daß der Gläubiger ein Wahlrecht auszuüben hat. In diesem Sinne verhalten sich auch die Entscheidungen des Reichsgerichts.[29])

b) im Falle des § 375 HGB.

Sehr häufig erfolgen nun bei Geschäften des täglichen Lebens Bestellungen derart, daß eine bestimmte Menge zu liefernder Waren vereinbart, hinsichtlich der Qualität zwar eine bestimmte Sorte vereinbart wird, jedoch in der Weise, daß der Käufer zu bestimmen hat, in welchem Maße oder in welcher Form die Lieferung zu erfolgen hat. Das sind bei Handelsgeschäften die sogen. Spezifikationskäufe des § 375 HGB., bei denen das Handelsgesetzbuch die einzige positive Bestimmung über die Fristbestimmung bei Kaufverträgen trifft. Dies geschieht in der Weise, daß der § 375 HGB. den § 326 BGB. und somit auch die darin gegebene Fristbestimmung für anwendbar erklärt, als auch noch ein besonderes Recht auf Bestimmung einer Frist gibt. Der Käufer hat demnach durch die Anwendbarkeit des § 326 BGB. ein Recht, den mit der Spezifikation in Verzug geratenen Käufer eine angemessene Frist zu bestimmen mit der Erklärung, daß er die nach Ablauf der Frist erfolgte Spezifikation zurückweisen werde. Des weiteren kann er aber auch auf Grund der positiven Bestimmung des § 375 HGB. die Spezifikation selbst vornehmen, wenn er dieses dem Verkäufer mitteilt und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung gesetzt hat. Diese von den allgemeinen Regeln der Fristbestimmung im Handelsgesetzbuch abweichende Art ergibt

[29]) Vgl. RG. Bd. 43, S. 104; RG in Warn. E. 1916, Nr. 221.

sich aus der Eigenart der Vorschrift des § 375 HGB. Dieser hat den Zweck, im Falle der Säumnis des Käufers unter möglichster Schonung des Letzteren, das Recht zur Spezifikation auf den Verkäufer übergehen zu lassen.[30])

Voraussetzung der genannten Gesetzesvorschrift ist, daß der Käufer mit der eben näher bestimmten Vornahme der Spezifikation im Verzuge ist. Der Käufer, der nicht spezifiziert, verzögert schon in diesem Vorstadium der Leistung die ihm obliegende Abnahme bezw. Annahme des Kaufgegenstandes, der erst noch auf Grund einer Spezifikation fertigzustellen ist. Da der Verkäufer nicht eher liefern kann, als bis der Käufer die Spezifikation vorgenommen hat, ist der Verzug mit der Spezifikation ein Gläubiger- oder Annahmeverzug. Hierzu bedarf es, wie zum Annahmeverzug überhaupt, keines schuldhaften Verhaltens. Da der Käufer aber auch die Pflicht zum Spezifizieren hat, ist er auch zugleich Schuldner. Er gerät daher durch die Verzögerung mit der Spezifikation zugleich in den Schuldnerverzug. Es müssen also sowohl die Voraussetzungen des Annahmeverzuges wie des Leistungsverzuges — Schuldnerverzuges — vorliegen.

In Annahmeverzug befindet sich der Gläubiger, wenn er die ihm als Lieferungsgläubiger geschuldete Ware nicht annimmt. Es muß also der Verkäufer zum mindesten auch bereit und imstande sein, die Ware nach erfolgter Spezifikation zu liefern. (§ 297 BGB.) Es muß also entweder der Verkäufer im Besitze der Ware gewesen sein oder sie muß doch zum mindesten zu seiner Verfügung gestanden haben. Hierzu wird im allgemeinen genügen, daß der Verkäufer einen Vertragsanspruch auf Lieferung der Ware gegen einen Dritten hat.[31]) Diese seine Erfüllungsbereitschaft muß der Verkäufer regelmäßig dadurch dartun, daß er die Ware tatsächlich anbietet. Es genügt jedoch ein wörtliches Angebot, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Mitwirkung des Käufers erforderlich ist. Eine solche Mitwirkung ist beim Spezifikationskaufe auch die nähere Beschreibung des Leistungsgegenstandes, die der

---

[30]) Vgl. Denkschrift z. HGB. Bd. 2, S. 234
[31]) Bolze, Bd. 14, Nr. 449.

Käufer vorher vorzunehmen hat.[32]) Für den Fall, daß im Vertrage für die Vornahme der Spezifikation jedoch ein Kalendertag bestimmt ist, bedarf es weder eines Angebotes noch einer solchen Aufforderung. Der Käufer gerät gemäß § 296 BGB. schon ohne weiteres zu der bestimmten Zeit in Verzug, wenn er die Spezifikation nicht vornimmt.

Neben diesen Voraussetzungen des Gläubigerverzuges sind, wie schon erwähnt, noch die des Schuldnerverzuges erforderlich. Da letzterer ein „schuldhafter Gläubigerverzug" ist, muß in diesem Falle die unterbliebene Spezifikation auf einen Umstand zurückzuführen sein, den der Käufer zu vertreten hat. (§ 285 BGB.) Bezüglich der näheren Ausführungen wird auf S. 11 und 12 verwiesen.

Beim Vorliegen eines Tatbestandes in vorerwähntem Sinne gibt der § 375 HGB. dem Verkäufer das Recht, unter Beobachtung der Vorschriften des § 326 BGB. Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Er kann also dem mit der Spezifikation in Verzug geratenen Käufer eine angemessene Frist zur Spezifikation bestimmen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Spezifikation ablehne, oder aber er kann die Spezifikation selbst vornehmen.

2. Die Beschaffenheit der Fristsetzung:

a) Der Form nach:

aa) Die Formierung an sich.

Mit obigen Erörterungen sind die einzelnen Voraussetzungen der Fristbestimmungen abgetan, und wir kommen nunmehr zu der Erörterung der Frage, wie die Fristbestimmung beschaffen sein muß.

Die Fristbestimmung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.[33]) Es genügt also zu ihrer Wirksamkeit,

---

[32]) Vgl. Staudinger § 295, 1b u. Staub § 375 Anm. 3. Ebenso ROH. G. Bd. 15, Nr. 45, wo der Käufer noch anzugeben hat, in welchen Farben und Mustern der von ihm bestellte Stoff geliefert werden soll. Vgl. auch Oertmann i. Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 85 S. 203.

[33]) Vgl. Planck § 326, 2, c, Oertmann § 326 2, b, Crome § 171, 1, b, und Anm. 9.

daß der Gläubiger sie abgibt und weiter, daß sie dem Schuldner zugeht. (§ 130 BGB.) Wird sie einem Abwesenden gegenüber abgegeben, so genügt daher nicht die bloße Absendung der die Fristsetzung enthaltenen Erklärung. Andererseits ist aber auch nicht erforderlich, daß der Erklärungsempfänger von der Fristbestimmung Kenntnis erhält. Zugegangen ist die Fristbestimmungserklärung erst dann, wenn dem Empfänger die Möglichkeit gegeben ist, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und wenn ferner nach der Verkehrsübung dieses auch zu erwarten war.[34]) Eines weiteren Mitwirkens des Schuldners bedarf es nicht. Ob dieser sich damit einverstanden erklärt oder nicht, ist gleichgültig. Betreffs ihrer Formulierung ist von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen und das Prinzip der allgemeinen Vertrags- und Formulierungsfreiheit, wie sie das BGB. beherrscht, auch hier anzuwenden. Es können demnach die Parteien die Formulierung der Erklärung nach ihrem Belieben, entweder schriftlich oder mündlich vornehmen. Sie sind daher nicht an den Wortlaut irgend einer gesetzlichen Bestimmung gebunden.[35]) Es braucht, wie Staudinger ausdrücklich hervorhebt, die Fristbestimmung nicht dem Wortlaut des Gesetzes zu entsprechen. Aber dennoch muß, wie Goldmann und Lilienthal[36]) ausführen, die Fristbestimmung ausdrücklich erklärt werden. Natürlich ist es nicht erforderlich, daß man ausdrücklich die Worte gebraucht: „Ich setze Dir eine Frist", sondern es genügt lediglich die Angabe einer Zeit, bis zu deren Ablauf die Leistung erwartet wird. Wie der Gläubiger dies dem Schuldner mitteilt, ist unerheblich. Aber eine Erklärung der Frist ist für den so bestimmten und unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes, sowohl des § 326 BGB. als auch des § 375 HGB., unbedingt erforderlich. Es kann daher nicht Cosack[37]) zugestimmt werden, wenn er meint, es trete eo ipso eine angemessene Frist in Lauf, wenn der nichtsäumige Kontrahent sich weigere eine Frist zu setzen. Die Gründe, die er für seine Ansicht anführt, können nicht

---

[34]) Vgl. LG. Bd. 13 S. 46 u. im übrigen Zitelmann S. 93.

[35]) Vgl. Staudinger § 326, 2b, u. RG. Bd. 91, S. 164; RG. in Warn. E. 1909 Nr. 75; RG. in LZ. 1925 S. 593.

[36]) S. 382 Anm. 14. [37]) Bd. 1 § 123 III, 2, c.

gebilligt werden. Es kann nicht derjenige, der sich weigert, eine Frist zu setzen, einem andern, der eine zu kurze Frist gestellt hat, gleichgestellt werden. — Die Frage der rechtlichen Bedeutung einer zu kurzen Frist wird in folgendem Teile näher erörtert. — Die beiden Fälle liegen wesentlich anders. Derjenige, der eine zu kurze Frist setzt, stellt sich damit auf den Boden des Gesetzes und tut kund, daß er tatsächlich eine Frist setzen will. „Er vergreift sich nur in der Beurteilung der Sachlage." Aber derjenige, der keine Frist setzt, zeigt damit deutlich, daß er nicht dem Gesetze genügen und folglich auch keine Nachfrist setzen will.[38])

In dem Wesen der Fristbestimmung ist es zwar an sich schon begründet, daß sich an ihrem Endpunkt für den Säumigen nachteilige Folgen knüpfen. Aber eine Mitteilung dieser Folgen zugleich mit der Fristbestimmung bedarf es grundsätzlich nicht, wenn es nicht durch besondere Gesetzesvorschrift verlangt wird. Es ist daher hinsichtlich des § 375 HGB. eine solche Androhung nicht erforderlich, obwohl sich auch für den Käufer an ihren Endpunkt nachteilige Folgen knüpfen. Wohl aber ist bezüglich des § 326 BGB. eine solche Androhung erforderlich, da dort ein solches Präjudiz ausführlich gefordert wird. Es muß mit der Fristbestimmung zugleich die Erklärung verbunden sein, daß der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Annahme der Leistung verweigern werde. Es kommt natürlich, wie Planck[39]) bemerkt, auch hier nicht auf die Worte an, die gebraucht werden, sondern es genügt, wenn die Absicht erhellt, eine Frist gemäß § 326 BGB. zu setzen und zwar so, daß dies auch deutlich zum Ausdruck gelangt. Es muß dem Schuldner die durch die Fristsetzung bezweckte Folge deutlich vor Augen geführt werden und sich daraus ergeben, der Gläubiger werde die Leistung nach Fristablauf verweigern. Denn es ist Zweck des Gesetzes, hier eine klare Rechtslage zu schaffen.[40])

---

[38]) Vgl. Staub, 8. Aufl. § 374 Anm. 83.

[39]) Vgl. § 326 Anm. 2c.

[40]) Vgl. Staudinger § 326, 2, b; Planck § 326 2, c; RGR.-Komm. § 326 1, b; Staub § 374 Anm. 81 u. RG. Bd. 91 S. 164.

Man wird daher zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die in der Geschäftswelt vielfach übliche Formel: „ich annulliere das Geschäft, oder: falls Sie mir bis zum 10. ds. Monats nicht den ersten Posten bezahlt haben, werde ich den ganzen Schluß berechnen",[41]) als eine Fristsetzung im Sinne von § 326 BGB. angesehen werden muß. Ebenso ist die Formulierung: „bei Nichteinhaltung der Frist werde ich vom Vertrage abgehen" als genügend zu erachten.[42]) Weiter ist die Formel: „Falls Sie mir bis zum . . . die Ware nicht spezifizieren, lasse ich mich auf weiteres nicht ein" eine genügende Fristsetzung im Sinne des § 375 HGB. Denn die Frist braucht nach den Bestimmungen des geltenden Rechts nur dahin abgefaßt zu sein, daß der Schuldner weiß, woran er ist und wie er am besten den von dem Gläubiger beabsichtigten, für ihn nachteiligen Folgen der Fristsetzung begegnen kann. Hierzu genügt obige Form vollends. Denn sie schließt jeden Zweifel darüber aus, was der Gläubiger zu tun gedenkt.[43])

Aber eine Mitteilung des Verkäufers, er werde sich anderweitig decken oder auch, er werde den Käufer für die Differenz verantwortlich machen, oder der Vertrag würde mit der Maßgabe aufgerufen werden, daß Schadenersatz verlangt werde, wenn nicht innerhalb einer gewissen Frist geleistet werde, kann nicht als eine Frist mit genügender Androhung angesehen werden. Zu diesem Ergebnis kommt auch das Reichsgericht in L. Z. 1907 S. 50, wo eine an einen Käufer gerichtete Aufforderung, die Waren nur hintereinander zu beziehen, andernfalls der Verkäufer sich genötigt sehe, sie anderweitig zu verkaufen und den Käufer für die Differenz verantwortlich zu machen, nicht als genügende Nachfristsetzung angesehen wurde. Genau so entscheidet das Reichsgericht im Recht 1913 Nr. 2257. Auch dort wird eine Drohung, sich auf offenem Markte zu decken, wenn nicht bis zu einer bestimmten Zeit Nachricht über den Zeitpunkt der Lieferung eingegangen sei, nicht als genügende Fristsetzung im Sinne des § 375 HGB. angesehen. Ebenso genügt nicht die Erklärung, daß der

---

[41]) Vgl. Kratzert S. 25. [42]) Vgl. RG. Bd. 114, S. 7.
[43]) Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 237.

Gläubiger, bezw. der Verkäufer für den Fall des Ablaufs der Frist sich den Rücktritt vorbehalte;[44]) weiter auch nicht die Erklärung des Verkäufers, er werde über die Waren anderweitig verfügen.[45])

Schreiben mit obengenanntem Inhalt mögen wohl eine verschärfte Mahnung zur Leistung enthalten. Eine Fristsetzung enthalten sie jedoch nicht. Ebenso ist nicht Dernburg[46]) zuzustimmen, wenn er eine Ablehnungserklärung allein ohne das Setzen einer Nachfrist für ausreichend hält und diese seine Ansicht auf die Rechtsprechung nach dem alten HGB. stützt. Der frühere Artikel 365 HGB. bestimmte nicht, der Nichtsäumige müsse dem Säumigen eine Frist bestimmen, wie dies nach dem jetzigen Recht des § 326 BGB. gefordert wird. Dieser Artikel verlangte nur, daß der Nichtsäumige dem Säumigen die Wahl anzeigte und ihm dabei eine Nachfrist gewährte. Infolge dieses Wortes „gewährte" kam man in der früheren Rechtsprechung zu dem Ergebnis, daß das Gewähren ein rein passives Verhalten darstelle, und keine aktive Tätigkeit — ein Setzen der Frist — erforderlich sei. Dies ergab sich aber aus dem Wortlaut obigen Artikels und kann heute bei der positiven Bestimmung des § 326 BGB., der ausdrücklich eine Bestimmung der Frist erfordert, nicht mehr gelten.[47])

bb) Der Zeitpunkt der Fristsetzung.

Die Frist kann gemäß dem Wortlaut des § 326 BGB. erst nach Eintritt des Verzuges gesetzt werden. Aber dennoch steht sowohl die Literatur wie auch die Rechtssprechung auf dem Standpunkt, daß doch mit einigen Ausnahmen die Fristsetzung schon vor Einsetzung des Verzuges, aber erst mit der den Verzug begründenden Mahnung erfolgen kann.[48]) Zur Begründung wird einmal angeführt, daß die Bestimmung des § 326 BGB.: „Ist der eine Teil in Verzuge", nur eine Bedin-

---

[44]) Vgl. RG. Bd. 91, S. 165. [45]) RG. in J. W. 1921 S. 1359.
[46]) Bd. 2 § 98, IV, 1. [47]) Vgl. Staub § 374 Anm. 81.
[48]) Vgl. Kreß S. 436, Staudinger § 326 I, 1a, Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 233, Staub 374 Anm. 96, ROHG. Bd. 23, S. 170, RG. Bd. 50, S. 262; 93, 182, 106, 90. RG. i. JW. 1904 S. 536, RG. i. LZ. 1920 S. 482.

gung, eine Voraussetzung, aber keine bestimmte Zeitbestimmung enthalte.[49]) Was den Anfang des Rechts zur Fristsetzung angeht, so will man im einzelnen Fall auf Treu und Glauben verweisen und daher in besonders unbilligen und harten Fällen den Einwand der nicht rechtzeitigen, insbesondere der verfrühten Fristsetzung mit der replica doli beseitigen. Es würde, wie Staudinger noch besonders hervorhebt, gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man eine dem § 326 BGB. entsprechende Erklärung deshalb für unwirksam erachten wollte, weil sie zwar am Tage der Fälligkeit, aber schon vor deren Eintritt, wenn auch nur ganz kurz vor diesem Augenblick zugegangen ist, und sodann der Gläubiger tags darauf gemahnt hat, ohne die am Tage zuvor abgegebene Erklärung aus § 326 BGB. zu wiederholen.

Gegen diese Ansicht wendet sich Oertmann.[50]) Er verweist auf „den klaren Wortlaut" der Gesetzesvorschrift, die nicht anders ausgelegt werden könne, als daß der Schuldner sich schon im Verzug befinden müsse. Er kennzeichnet die erwähnte Ansicht als einen Versuch, „Besonderheiten und Bedürfnisse des Handelsrechts auf das für stabile Verhältnisse berechnete allgemeine bürgerliche Recht zu übertragen".

Dem hat sich Leonhard[51]) mit ähnlicher Begründung angeschlossen. Auch er verweist zur Begründung seiner Ansicht auf den strengen Wortlaut des Gesetzes und hält gerade im Interesse des Schuldners die Fristsetzung erst dann für gültig, wenn sie „einem in Verzug geratenen Schuldner" gesetzt sei.

Die erstere Auffassung ist m. E. in allen Punkten zu billigen. Denn es kann nicht behauptet werden, daß der Gläubiger, der einmal die Fristsetzung vorgenommen hat, sich später darauf berufen kann, daß die Frist wegen ihrer verfrühten Vornahme nichtig sei. Ein solches, die Rechtssicherheit und die Verläßlichkeit erschütterndes Recht würde m. E. gegen Treu und Glauben verstoßen. Da der Gläubiger in jedem Augenblick nach dem Eintritt des Verzuges die Fristsetzung wiederholen kann, wird man aus demselben Grunde dem

---

[49]) Vgl. Planck § 326 2a u. OLG. Bd. 6 S. 46
[50]) § 326 2a. [51]) S. 531.

Schuldner nicht das Recht zusprechen dürfen, die Fristsetzung in besonders gearteten Fällen wegen ihrer verfrühten Vornahme zu ignorieren, ohne die Grundsätze von Treu und Glauben zu verletzen. Denn bis zum Eintritt des Verzuges ist die Fristsetzung für den Schuldner ohne weitere Bedeutung. Daher ist seine Stellung nicht im geringsten verändert, ob nun die Fristsetzung vor oder nach dem Verzug geschieht.

Die weiter in der Literatur [52]) und Rechtsprechung [53]) hervorgetretene Meinung, daß der Verzug des Schuldners nur eine Bedingung für die wirksame Fristsetzung bilde, also zeitlich der letzteren nachfolgen könne, ist ebenso abzulehnen. Nur unter ganz besonders gearteten Umständen, unter denen der Verzug zwar nach der Fristsetzung eintritt, aber noch im Laufe desselben Tages oder wenige Stunden später, muß man m. E. die vor dem Eintritt des Verzuges erfolgte Fristsetzung als noch rechtswirksam zulassen.[54])

Dagegen kann, wie Staub bemerkt,[55]) eine vor dem Eintritt des Erfüllungstages erfolgte Fristsetzung grundsätzlich nicht als ausreichend angesehen werden. Jedoch hat das Reichsoberhandelsgericht [56]) ihr diese Wirkungen in besonders geeigneten Fällen nicht versagt, wenn sie kurz vor der Erfüllungszeit und insbesondere dann, wenn der Säumige schon vorher seine Weigerung zur Erfüllung erklärt hatte.[57])

Die neue Literatur [58]) ist von dieser Ansicht abgewichen und dem strengeren Wortlaut des Gesetzes gefolgt. Sie ist der Ansicht, die ratio legis gehe dahin, dem säumigen Kontrahenten, auch wenn er sich vorher retinent verhalten habe, noch einmal die schweren Folgen seines Nichthandelns nach dem strittigen Zeitpunkt der Fälligkeit vor Augen zu führen und ihn jetzt noch einmal an die Folgen seiner Fälligkeit zu erinnern. Dadurch solle auf ihn gewirkt werden, seinen Ent-

---

[52]) Vgl. insb. Planck § 326, 2a. [53]) Insb. OLG. Bd. 6 S. 45.
[54]) So auch RG. Bd. 93, S. 182; RG. i. LZ. 1908 S. 162 Nr. 26.
[55]) Vgl. § 374 Anm. 97.
[56]) ROHG. Bd. 13, S. 137, Bd. 17, S. 226 u. RG. Bd. 7, S. 44.
[57]) So auch jetzt noch Dernburg Bd. 2, S. 214 ff.
[58]) Staudinger § 326 Anm. 1a, Oertmann § 326, 2, a; Staub § 374 Anm. 97, u. RG. i. Warn. E. 1925 Nr. 129.

schluß zu ändern und ihm Gelegenheit gegeben werden, nach dem veränderten Entschluß zu verfahren.

Für diese Ansicht, der wir uns anschließen, spricht einmal der Wortlaut und der Sinn des Gesetzes. Weiter wird sie auch am meisten den Verkehrsbedürfnissen gerecht. Wenn einmal dem Schuldner die schwerwiegenden Folgen des Gesetzes auferlegt werden sollen, dann sollen sie ihm, wenn das Gesetz es einmal vorschreibt, auch in dem Augenblick vor Augen gehalten werden, wo dieselben auf ihn so zu wirken geeignet sind, daß er sich der Folgen bewußt wird. Das geschieht jedenfalls nicht vor dem Fälligkeitstermin. Nur in ganz besonderen Fällen, z. B. wenn der Verzug wenige Stunden nach der Bestimmung eintritt, wird man mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse auch eine vor Eintritt des Verzuges gesetzte Nachfrist als wirksam erachten müssen.[59]) Wenn ferner der Gläubiger von vornherein dem Schuldner einen Spielraum, ein sogenanntes „Modicum spatium" bewilligt hat, beispielsweise die Lieferungszeit auf das Ende eines Monats festgesetzt hat, so darf er, falls sich die Nachfrist angemessen über den Spielraum hinaus erstreckt, dieselbe schon vor Ablauf des Spielraums setzen.[60]) Erforderlich ist aber immer noch, daß die Frist erst nach Eintritt der Fälligkeit abläuft und sich aus den Umständen ergibt, daß der Wille des Gläubigers zur Zeit der Fälligkeit als fortwirkend zu gelten hat.[61])

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Fristsetzung bleibt noch die Frage zu erörtern, wie lange dieselbe erfolgen kann. Die Literatur sowohl wie die Praxis gehen bei Beantwortung dieser Frage von denselben Grundsätzen aus wie bei der vorigen. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß dem Zeitraum der Fristsetzung nach Eintritt des Verzuges keinerlei Schranken aufzuerlegen sind,[62]) solange nicht eine verspätete Geltendmachung „Treu und Glauben" widerspricht und deshalb des

---

[59]) Vgl. Staudinger § 326, 1a; RG. i. JW. 1924 S. 1246.

[60]) Vgl. Staudinger § 326, 1a, u. d. dort zit. Entsch. d. RG. Bd. 69 S. 305, i. JW. 1908 S. 676 Nr. 5, in LZ. 1908 S. 934 Nr. 20, in DJZ. 1908 S. 1403.

[61]) Vgl. Staub § 374 Anm. 97, RG. i. Warn. E. 1925 Nr. 129.

[62]) Vgl. Heck § 443, b, 4.

rechtlichen Schutzes entbehrt.[63]) In solchen Fällen verliert der nichtsäumige Kontrahent durch allzu langes Warten jedes Vertragsrecht und somit auch sein Recht auf Fristsetzung.[64]) Man kann zwar nicht in dem Schweigen des säumigen Kontrahenten allein nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, aber doch in der langen Dauer dieses Schweigens das Einverständnis des Nichtsäumigen mit der Weigerung sehen und demgemäß auch das Fallenlassen seines abgelehnten Erfüllungsanspruches. Damit entfällt dann von selbst das Recht auf Fristbestimmung.[65]) Das wird insbesondere zur Geltung kommen, wenn die Verhältnisse, wie es in den Jahren der Geldentwertung häufig geschah, sich bedeutend geändert haben. Doch ist hier noch zu betonen, daß das Setzen der Frist und das Fordern der Leistung auch wirklich gegen Treu und Glauben verstoßen und sich als ein arglistiges, gegen die bona fides verstoßendes Verhalten darstellen muß. Ein solches Verhalten kann jedoch in dem Fordern der Leistung bei Steigen des Preises der Ware allein nicht liegen, sondern dies muß vielmehr als Wahrung kaufmännischer Interessen angesehen werden.[66])

b) Dem Inhalt nach:

aa) Eine angemessene Frist.

Mit Obigem ist die Erörterung bezüglich der formellen Voraussetzungen der Fristbestimmung abgetan. Wir kommen zu der Frage der materiellen Voraussetzungen und als deren wichtigste zu der Frage der Angemessenheit. Hinsichtlich dieser Frage gibt es in der Literatur verschiedene Ansichten.

Die erste, vertreten von Schollmeyer,[67]) will nur das Interesse der Schuldners gewahrt wissen und eine Frist nur dann angemessen sein lassen, wenn sie zur Bewirkung der mit der Fristsetzung geforderten Handlung bezw. ganzen Leitung hinreicht.

---

[63]) Vgl. Staudinger § 326 1a, Staub § 374 Anm. 98, Goldmann-Lilienthal § 98 S. 382, RG. Bd. 60 S. 348. Bd. 107 S. 346, Bd. 109 S. 187.
[64]) Vgl. RG. Bd. 60 S. 346.
[65]) Vgl. ROHG. Bd. 14 S. 395, Bolze, Bd. 12 S. 247.
[66]) RG. Bd. 36 S. 88. [67]) S. 31 Abs. 5.

Die zweite Ansicht geht dahin, bei der Beurteilung dieser Frage vor allem darauf zu achten, daß die Frist für den Gläubiger angemessen ist, wie das Reichsgericht im Recht 1916 Nr. 921. Dort hat es mit Rücksicht auf die Zeitlage und die steigenden Preise Ende 1914 eine Fristsetzung zur Bewirkung einer sofortigen Hinterlegung im Interesse des Gläubigers für angemessen gehalten.

Nach der herrschenden Lehre [68]) entscheidet sich, ob eine Frist angemessen ist oder nicht nach den jeweiligen Umständen des Falles. Wie es auch leicht verständlich ist, liegt es im Interesse des Gläubigers, diese Frist möglichst zu kürzen und im Interesse des Schuldners, dieselbe möglichst lang zu gestalten. Man wird daher auch m. E. hier immer den Mittelweg einhalten müssen. Man muß hierbei nach Treu und Glauben verfahren, das Interesse des einen oder anderen Teiles feststellen und gegen einander abwägen. Es werden immer die beiden Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssen, inwieweit die Leistung kein Interesse mehr für den Gläubiger und andererseits, inwieweit dem Schuldner eine angemessene Zeitspanne zur Bewirkung der Nachlieferung belassen werden muß. Dabei darf der Fristsetzende nach der einstimmigen Lehre ebengenannter Autoren und nach der Übereinstimmung der Entscheidungen des Reichsgerichts davon ausgehen, daß der Schuldner schon im großen und ganzen die Leistung bewirkt hat und nur noch mit Teilen im Rückstand ist. Es genügt daher, wenn dem Schuldner eine Frist gelassen wird, die bereits in Angriff genommene Leistung bezw. Handlung zu beschleunigen und jetzt zu vollenden.

bb) Eine zu kurz bemessene Frist.

Im Anschluß hieran ist noch die Frage zu erörtern, wie eine Frist zu werten ist, die vorgenannte Voraussetzungen

---

[68]) Vgl. Planck § 250, 2a, Enneccerus § 230, 4b, Oertmann § 350, 3, Staudinger § 250, 2a, Crome § 151, 2a, Staub § 374, 88, Kaufmann a. a. O. S. 1100, Frankenburger a. a. O. S. 547, Kratzert S. 18, Titze S. 147, Hoeninger a. a. O. S. 582, RG. i. Warn. E. 1909 Nr. 289, RG. i. R. 1909 Nr. 22/32, 1908 Nr. 270, RG. Bd. 89, S. 125.

nicht erfüllt und zu kurz bemessen ist. Diese Frage ist in der Literatur bestritten.

Nach der einen Meinung[69]) soll eine zu kurze Frist gar keine Wirkung haben. Der Schuldner könne immer noch leisten, und der Gläubiger müsse erst eine neue Frist setzen.

Als Gründe führt Schollmeyer an, daß nach der gegenteiligen Ansicht die Vorschrift „Angemessenheit" überflüssig sei. Nach seiner Meinung ist „rechtzeitig" identisch mit „vor Ablauf der gestellten Frist". Es verlange der Fristsetzende nur die Leistung bis zum Ablauf der gestellten Frist. Da das eben nicht möglich sei, sei das Setzen einer solchen Frist ergebnislos.

Nach Hirsch's Ansicht ist ebenfalls eine zu kurze Frist wirkungslos. Er hält es mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar, daß an Stelle einer zu kurzen Frist einfach eine angemessene treten solle. Denn die Bedingung, an die das Gesetz Folgen knüpfe, sei der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Frist. Bei einer zu kurzen Frist könne man aber nicht von dem Ablauf einer angemessenen Frist reden. Er sieht in der gegenteiligen Ansicht eine Erweiterung des Rechts des Gläubigers, die das Gesetz nicht zulasse.

Diese Ansichten werden entschieden von Heckmann[70]) verteidigt. Er beruft sich vor allem darauf, daß es nicht Wille des Gesetzgebers sein könne, den Grundsatz der Rechtssicherheit zu durchbrechen. Nach seiner Meinung würde dieser Grundsatz durchbrochen, wenn die von dem Gläubiger gesetzte Frist nicht eingehalten würde, die den Gegner zu einer Entscheidung bringen sollte. Außerdem sei noch im Gesetz klar zum Ausdruck gebracht, daß eine angemessene Frist seitens des Gläubigers bestimmt sein müsse.

Ebenfalls sieht Goldmann-Lilienthal in dem Wortlaut des Gesetzes die Unwirksamkeit einer zu kurzen Frist, wenn er sagt: „Da das Gesetz die Wirkungen des § 326 BGB. nur an die Bestimmung einer angemessenen Frist knüpft, so wird an-

---

[69]) Schollmeyer § 250 Anm. 5, Hirsch a. a. O. S. 11, Heckmann S. 85, Endemann § 125 Anm. 42, Cosack Bd. 1 § 123, c, Planck § 250, 1b, Leonhard S. 267, Goldmann-Lilienthal § 75 Anm. 11.

[70]) S. 85.

genommen werden müssen, daß die Bestimmung einer zu kurzen Frist diese Wirkung nicht herbeiführt." Wenn aber diese Frist „eine absolut präklusivistische" sein soll, so soll diese Frist doch noch wirksam sein.

Dagegen will eine andere Richtung[71]) an Stelle einer zu kurz bemessenen Nachfrist eine angemessene in Lauf gesetzt wissen.

Nach Enneccerus ist die gegenteilige Ansicht zwar durch den Wortlaut des Gesetzes mehr begünstigt und auch berechtigter. Aber dennoch schließt er sich der herrschenden Ansicht an, indem er annimmt, daß zwar die Fristsetzung voll gültig, nur die zu kurze Anberaumung unwirksam sei. In dieser immerhin zweifelhaften Frage folgt er der herrschenden Meinung allein aus dem Grunde, weil der Schuldner Gewißheit haben müsse, wie er sich verhalten solle.

Staudinger hält ebenfalls eine zu kurz bestimmte Frist für nicht wirkungslos. Sie behält nach seiner Meinung immer noch die Wirkung als Willenserklärung. Nur hinsichtlich der Dauer sei sie unwirksam, da der nicht säumige Teil „das gesetzliche Recht" des Säumigen auf eine angemessene Frist nicht beeinträchtigen könne und regelmäßig auch nicht verkürzen wolle.

Oertmann gibt aus rein zweckmäßigen Gründen der herrschenden Meinung den Vorzug. Es erscheint ihm unbillig, daß der Gläubiger an die von ihm gesetzte Frist nicht gebunden sei, sich also gewissermaßen auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Fristsetzung berufen könne. Nach seiner Ansicht ist eine zu kurz bemessene Frist jedoch ohne Wirkung, wenn der Gläubiger unbedingt bei ihr bleiben und nicht eine Verlängerung zulassen wolle.

Dernburg, der ebenfalls dieser Ansicht ist, begründet folgendermaßen. Er sieht in der Fristsetzung, sei sie angemessen oder nicht, immer noch den Willen des Gläubigers eine Frist

---

[71]) Kreß § 19 S. 436, Enneccerus § 238, 4a, RGR.-Komm. § 326, 1b, aa; Staudinger § 326, 2a, Oertmann § 326, 1b, Dernburg Bd. 2, § 334, Cosack § 105, II, 2b, Wendt a. a. O. S. 193, Romeick S. 37 u. 44, Staub § 374 Anm. 89, Warneyer § 326, 2, Pescatore S. 230, Titze S. 147, Wigginghaus S. 48, Könige a. a. O. S. 48, Kratzert S. 22, Schneider S. 48.

zu setzen. Wenn nun auch diese Frist vom Gläubiger zu kurz bemessen sei, so hätte er immer noch den Willen kund getan, innerhalb dieser Frist die Leistung haben zu wollen. Daher sei das, was geschehen sei, immerhin kein Nullum, sondern noch eine Fristsetzung.

Cosack stützt sich bei Verteidigung dieser Ansicht auf die Bedeutung des Wortes „rechtzeitig". Nach seiner Ansicht geht der Sinn dahin, daß die Leistung nach den jeweiligen Umständen und der jeweiligen Lage des Falles bewirkt werden müsse. Er zieht dann die Schlußfolgerung, daß die Leistung immer in einer angemessenen Frist bewirkt werde, wenn auch eine kürzere und daher nicht angemessene Frist gesetzt sei.

Wendt will an der Stelle einer zu kurzen Nachfrist eine angemessene nur treten lassen, wenn der Gegner ihr widersprochen hat. Nach seiner Ansicht könne die unangemessene Frist nicht dazu führen, das Begehren nach einer Erklärung ganz zu unterdrücken. Es sei gewiß „Strictum ius", wenn derjenige, der zu einer solchen Erklärung aufgefordert sei, sagen dürfe: Weil eben die Frist nicht angemessen ist, brauche ich nicht das zu tun, was ich innerhalb dieses Zeitraumes getan haben sollte, also mich überhaupt nicht erklären.

Nach Romeick, dessen Ansicht mit der von Staub[72]) übereinstimmt, ist immer „der dahin gerichtete Wille vorhanden", das konkrete Rechtsverhältnis dahin zu normieren, daß nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist und an dessen Stelle dann der Anspruch auf Schadenersatz tritt. Er ist der Ansicht, daß man nach dem Wortlaut des Gesetzes eine unangemessene Frist nicht wirksam werden lassen könne. Er geht weiter von dem Gedanken aus, daß der Fristsetzende eine Frist nur setzen dürfe, wenn er diese für eine angemessene halte und auch eine angemessene Frist setzen wolle. Wer das Präjudiz, daß nach

[72]) Vgl. § 374 Anm. 88, 89; „in der Fristbestimmung liegt die Erklärung des Nichtsäumigen, er habe die Absicht, dem Gesetze zu genügen und dem Säumigen eine Frist zu setzen und zwar eine angemessene; nach Lage des Falles erachte er eine Frist von acht Tagen für angemessen."

Ablauf der Frist die Annahme abgelehnt werde, wolle, müsse auch eo ipso eine angemessene Frist wollen, und derjenige, der androhe, er lehne nach Ablauf der Frist die Leistung ab, spreche damit aus, daß er die von ihm gesetzte Frist auch als eine angemessene festsetzen wolle. „Deshalb sei es nicht eine Auseinanderreißung der Erklärung des Gläubigers, sondern eine innerliche Erfassung ihrer Einheitlichkeit, wenn der Annahme = Ablehnung für den Fall des Ablaufs einer gesetzten Frist stets eine rechtsändernde Kraft beigelegt werde. Eine Rechtsänderung — einerseits eine Rechtsentäußerung, andererseits eine Rechtsverschaffung — könne gesetzlich nicht anders als auf der Grundlage des fruchtlosen Ablaufs einer angemessenen Frist bezweckt werden; und es könne die Bestimmung, z. B. einer 8tägigen Frist also nichts anderes bedeuten, als daß die Frist von 8 Tagen angemessen sei. Wenn der Gläubiger sich auf die Einhaltung der von ihm gesetzten Frist versteife, auch wenn dieselbe unangemessen sei, so dürfe er das Präjudiz der Annahme — die Ablehnung — gar nicht androhen. Habe er es aber angedroht, so habe er es damit selbst auf die Angemessenheit der Nachholungsfrist abgestellt." Diese Normierung wolle der Fristsetzende eben durch seine Erklärung, er lehne nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung ab. Infolgedessen müsse er auch die von ihm gesetzte Frist als eine angemessene gewollt haben. Nach seiner Ansicht ist also die Erklärung, er setze eine Frist, nichts anderes als das Verlangen, daß die Leistung in angemessener Frist erfolgen soll.

Dieser Ansicht ist m. E. auch beizupflichten. Es erleidet der Schuldner, wie es die Gegenansicht behauptet, gar keinen Nachteil, da der Gläubiger nicht sofort vom Vertrage zurücktreten kann. Er muß vielmehr noch zuerst den Fristablauf abwarten, ehe er von diesem Rechte Gebrauch machen kann. Man muß bei Beurteilung dieser Frage m. E. mit Romeick[73]) und dem RG.[74]) immer von dem Grundsatz ausgehen, daß der Gläubiger grundsätzlich immer den Willen hat, eine angemessene Frist zu setzen, und daß er die gesetzte Frist immer

[73]) S. 48. [74]) RG. Bd. 56, S. 234; Bd. 91, S. 207.

als angemessene gewollt hat. Meiner Ansicht nach gibt auch der Gläubiger dadurch, daß er überhaupt eine Frist setzt, zu erkennen, dem Gesetze genügen zu wollen und eine angemessene Frist zu setzen. Sollte nun einmal gerade das Gegenteil getroffen sein, so wird es, wie Kratzert[75]) noch näher ausführt, meistenteils daran liegen, daß der Gläubiger wegen Mangels an Sachkenntnis nicht imstande ist, genau zu beurteilen, welche Frist im einzelnen Falle angemessen ist. Bei dieser Sachlage liegt es m. E. in beiderseitigem Interesse, wenn die Wirkung der Willenserklärung so wie sie auch wirklich gewollt ist, eintreten soll. Dazu muß man eben die Erklärung des Gläubigers dahin ergänzen, daß er auch noch willens ist, die Leistung, sofern sie in angemessener Frist bewirkt wird, anzunehmen. Diese herrschende Lehre findet ihre Stütze in einer Anzahl von Reichsgerichtsentscheidungen.[76])

Falls jedoch der Nichtsäumige bei der Setzung einer zu kurzen Frist das Bewußtsein hat und auch zu erkennen gibt, daß er nur die gesetzte zu kurze, und nicht eine angemessene Frist gelten lassen will, so ist das Setzen der zu kurzen Frist unwirksam,[77])

Eine Aufforderung zur sofortigen Leistung bezw. zur sofortigen Spezifikation kann dagegen nicht als eine angemessene Fristsetzung im Sinne des Gesetzes angesehen werden. Es gibt jedoch diesbezüglich in der Literatur zwei Ansichten.

Nach der ersten[78]) soll die Aufforderung zur sofortigen Leistung als eine Fristsetzung gelten, wenn die Unbestimmtheit der Frist sich nicht auf das Setzen, sondern auf die Dauer der Frist beziehe. Unter einer Frist verstehe das BGB. einen abgegrenzten Zeitraum. Stelle man jetzt diesem Zeitraum das „sofort" gegenüber, so sei das gerade das Gegen-

---

[75]) S. 22 ff.

[76]) Vgl. RG. Bd. 56, S. 234; 62, S. 68; 68, S. 332; 91, S. 207; RG. i. JW. 1904, S. 172; 1911, S. 755; 1912, S. 141; 1924, S. 1246. RG. i. R. 1907 Nr. 3777, 1926 Nr. 1344, i. Warn. E. 1909 Nr. 289, i. LZ. 1907 S. 287, 1919, S. 45, 1925, S. 856.

[77]) Vgl. Staudinger § 326, 2a, Staub § 374 Anm. 90, RG. i. JW. 1911 S. 755, 1924 S. 1246, RG. Bd. 91, S. 204, RG. i. R. 1926 Nr. 1344, i. DRZ. 1925, Nr. 457. RG. i. LZ. 25, 856.

[78]) Vertreten von Staub § 374 Anm. 87 u. Könige i. LZ. 1907 S. 48.

teil. Die genannte Ansicht will nun aber nicht auf diese sprachliche Verschiedenheit das Hauptgewicht legen. Sie geht vielmehr von dem Standpunkte aus, daß das „sofort" eben nichts anderes bedeute als einen kleinen Zeitraum. Wenn dieser auch zu kurz bemessen sei, so sei immer noch das Wesentliche der Frist, nämlich der Zeitraum gewahrt. Wenn die Leistung auch nicht sofort verlangt werden dürfe, so sei eben die Frist zu kurz bemessen. Aber eine Frist im Sinne des Gesetzes sei es immer noch.

Nach der zweiten Ansicht [79]) bedeutet die Aufforderung zur sofortigen Bewirkung der Leistung keine Nachfrist im Sinne des Gesetzes, sondern sie ist völlig wirkungslos. Bei der Beurteilung dieser Frage geht man davon aus, daß nach dem Sprachgebrauche das „sofort" gerade das Gegenteil von dem darstelle, was man mit „Frist" bezeichne. Daher gebe derjenige, der sofortige Lieferung verlange, deutlich zu erkennen, daß er sich auf keine Frist einlassen wolle. Weiter müsse eine Frist auch begriffsmäßig abgekürzt und verlängert werden können. Dies sei jedoch nicht möglich, wenn sofortige Lieferung verlangt werde. Es sei wohl eine Verlängerung, aber keine Verkürzung denkbar.

Dieser letzten Ansicht ist m. E. beizupflichten. Wie oben schon angeführt, bedeutet „sofort" keine Frist im Sinne des Gesetzes. Wer sofortige Leistung fordert, gibt damit deutlich zu erkennen, daß er sich auf keine Frist einlassen will. Das halte auch ich für durchschlaggebend.

Muß nun der säumige Teil im Falle einer zu kurz bemessenen Fristsetzung widersprechen, um nicht Gefahr zu laufen, daß sein Schweigen als Zustimmung gilt, und er daher mit einer etwaigen späteren Beanstandung ausgeschlossen wird? Ebenfalls dieser Punkt hat in der Literatur als Gegenstand großer Kontroversen gedient.

Für einen solchen Rechtsnachteil sind Wendt,[80]) Wigginghaus,[81]) Staub,[82]) Frankenburger.[83])

---

[79]) Vgl. Staudinger § 326, 2a, u. die Rechtspr. d. RG. vgl. RG. i. R. 1920 Nr. 1497 u. Kammergericht in OLG. Bd. 18, S. 60.

[80]) a. a. O. S. 193. [81]) S. 50.

[82]) 8. Aufl. S. 374 Anm. 89. [83]) a. a. O. S. 594.

Wendt geht hierbei von dem Grundgedanken aus, daß dem Gegner gegenüber die Fristbestimmung in angemessener Weise erfolgen müsse. Es solle eben eine angemessene Frist bewirkt werden. Damit sei dann auch zugleich gesagt, daß der Säumige, der die Leistung bewirken solle, die Fristbestimmung als nicht angemessen beanstanden müsse, um dadurch eine Verlängerung der Frist zu erlangen. Daraus folge, daß derjenige, der zu solch einer Fristbestimmung schweige und seine Interessen nicht sofort geltend mache, nachher auch nicht mehr berechtigt sein solle, sich den Folgen dieser Unterlassung zu entziehen. Diese Lösung entspreche auch am meisten der von Treu und Glauben beherrschten Verkehrssitte.

Derselben Ansicht ist auch Staub. Allerdings will er auch hier es auf die einzelnen Umstände ankommen und Treu und Glauben entscheiden lassen.

Die Gegenmeinung wird hauptsächlich vertreten von Staudinger,[84]) Planck,[85]) Staub.[86]) Wenn der Gläubiger eine zu kurz bemessene Frist bestimmt hat, braucht nach dieser Ansicht der Säumige weder der Bemessung der Frist zu widersprechen, noch den Gläubiger auf die Unzulänglichkeit besonders aufmerksam machen. Denn der Grundsatz: „qui tacet, consentire videtur" gelte nur unter der Voraussetzung: „Si loqui debuit ac potuit." Allerdings machen auch sie die Einschränkung, daß in einzelnen Fällen der Gläubiger eine solche Erklärung verlangen und ein Unterlassen der Erklärung als Einverständnis aufgefaßt werden könne. Es solle nämlich die von Treu und Glauben beherrschte Verkehrssitte entscheiden. Wann das aber zutreffe, sei quaestio facti. Aber auch hier solle man nicht ohne weiteres schon eine fictive Anerkennung der Angemessenheit der gesetzten Frist finden. Dies sei nur dann der Fall, wenn eine das objektive Recht ergänzende Verkehrsgewohnheit, z. B. ein Handelsbrauch, eine solche Annahme rechtfertigen könne.

Auch Staub ist von seiner früheren Auffassung abgewichen und vertritt jetzt die Meinung, daß noch nicht auf eine stillschweigende Zustimmung geschlossen werden könne,

---

[84]) § 250, 2b. [85]) § 250, 2e. [86]) 9. Aufl. § 374 Anm. 90.

wenn der Säumige nicht widerspreche. Aber in einzelnen Fällen, wo Treu und Glauben einen solchen Widerspruch erforderten, müsse man auch den, der es unterlassen hatte, zu widersprechen, hierfür verantwortlich machen. Denn bei Beurteilung einer solchen Sachlage müsse man immer davon ausgehen, daß der Fristsetzende auch gar nicht in der Lage sei, die Verhältnisse, so wie sie für den Gegner lägen, zu übersehen. Gerade deswegen erfordere es die von Treu und Glauben beherrschte Verkehrssitte, daß der Säumige dieser zu kurzen Frist widerspreche. Er hält ihn sogar für verpflichtet, den Gläubiger über die einzelnen Momente zu unterrichten und ihn auf Umstände aufmerksam zu machen, die eine zu kurz gesetzte Frist nicht rechtfertigen.

M. E. ist der letzteren Auffassung der Vorzug zu geben. Sie wird den Bedürfnissen des täglichen Lebens am meisten gerecht. Denn man muß immer wohl in Erwägung ziehen, daß man für solche Lagen nicht einfach abstrakte Gesetzesnormen schaffen kann. Man muß das immer auf die einzelnen Umstände des konkreten Falles zurückführen und dann urteilen. M. E. kann man aus dem Schweigen allein auch noch nicht auf eine Zustimmung schließen. Denn der schon oben angeführte Satz: „qui tacet consentire videtur", gilt nur unter der Voraussetzung: „si loqui potuit ac debuit". Eine gesetzliche Pflicht des Säumigen, sich auf diese Fristbestimmung überhaupt zu äußern, findet im Gesetz keinen positiven Anhaltspunkt. Sie ist deshalb zu verneinen. Für den Fall jedoch, daß der Säumige Umstände und Momente, die von seinem Standpunkt aus für die Bemessung einer angemessenen Frist in Betracht zu ziehen sind, berücksichtigt haben will, muß er diese auch dem Nichtsäumigen mitteilen. Denn dieser braucht nur diejenigen Umstände in Betracht zu ziehen, die ihm zur Zeit bekannt sind oder bekannt sein müssen.[87])

cc) Eine zu lange Frist.

Für den Fall, daß der Nichtsäumige eine längere Frist bestimmt hat als erforderlich war, gilt diese jedenfalls gegen

[87]) So auch OLG. Bd. 8, S. 27.

ihn, da er sie gestellt hat. Der Schuldner behält selbstverständlich das Recht, bis zum Ablauf dieser Frist die geforderte Leistung vorzunehmen. Denn rechtzeitig ist die Leistung, wenn sie innerhalb der gestellten Frist erfolgt ist.[88])

dd) Eine bestimmte Frist.

Streitig ist, ob der Gläubiger sich lediglich mit der abstrakten Erklärung begnügen kann, daß er eine angemessene Frist stelle, oder ob er eine bestimmte, nach Zeitabschnitten, Wochen und Tagen bemessene Frist setzen muß.

Nach Staub[89]) genügt es nicht, wenn der Käufer sagen würde: „Ich bestimme ihnen hiermit eine angemessene Frist." Nach seiner Meinung würde der Buchstabe des Gesetzes damit allerdings erfüllt, aber sein Sinn sei ebenso unzweifelfach nicht getroffen. Eine angemessene Frist sei nur dann bestimmt, wenn eine bestimmte Frist angegeben sei, damit der Säumige sehen könne, bis zu welchem Zeitpunkt der vertragsgetreue Kontrahent auf die Erfüllung rechne. Er legt die Gesetzesworte dahin aus, daß eine Frist bestimmt werden müsse und diese müsse angemessen sein.

Ebenso hält Romeick[90]) die bloße Bestimmung einer „angemessenen Frist" allein für nicht ausreichend. Zur Begründung führt er an, das Gesetz denke, falls es von einer richterlichen Pflicht spreche, immer an einen bestimmt begrenzten Zeitraum. Es habe in anderen Fällen nur aus rein praktischen Gründen von einer richterlichen Fristbestimmung abgesehen und sie den Parteien überlassen. Daher müsse die letztere auch in gleicher Weise alle Unzuträglichkeiten vermeiden, die nachher betr. Festsetzung der Angemessenheit entstehen könnten, wie die erstere. Das geschehe aber nur dadurch, daß sie hinsichtlich ihrer Zeitdauer bestimmt begrenzt würde. Nur die Frist in einer solchen Form schlösse einen neuen Streit, bezw. eine neue Klage aus. Daher sei eine zahlenmäßig bestimmte Frist auch viel zweckmäßiger. Nur

---

[88]) Vgl. Staudinger § 250, 2b, Planck § 250, 2.
[89]) 6. u. 7. Aufl. § 374 Anm. 77.
[90]) S. 40.

sie lasse den Schuldner klar erkennen, bis wann der Gläubiger auf eine nachträgliche Erfüllung rechne.

Dagegen steht jedoch nach Planck[91]) nach dem Wortlaut des Gesetzes nichts entgegen, daß der Berechtigte sich darauf beschränkt, den anderen Teil aufzufordern, die betreffende Handlung binnen „angemessener Frist" vorzunehmen. Der Begriff der Angemessenheit sei ein genügend bestimmter, um immerhin die Dauer der Frist abmessen zu können. Müsse doch auch, wenn die Frist nach Tagen und Wochen bemessen sei, immer noch entschieden werden, ob die so bestimmte Frist eine angemessene sei. Der Berechtigte könne zwar hinzufügen, daß er eine Frist von so und so viel Tagen für angemessen halte; verpflichtet sei er dazu jedenfalls nicht.

Diese Ansicht wird ebenfalls vertreten von Staudinger[92]) unter Hinweis auf die Ausführungen Fischers:[93]) „Es ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger die Auslegung der Gesetzesworte „angemessene Frist", d. h. die Einfügung der individuellen Bestimmungsfaktoren in den objektiv bestimmbaren Begriff nicht solle im Einzelfalle dem Schuldner überlassen dürfen, zumal dieser die individuellen Faktoren, insofern es sich darum handelt, in welcher Zeit er die Herstellung bewerkstelligen kann, besser kennt als der Gläubiger."

Derselben Ansicht sind auch Kreß,[94]) Schollmeyer,[95]) Enneccerus,[96]) Leonhard[97]) und das Reichsgericht.[98])

Auch Staub[99]) ist jetzt von seiner früheren Ansicht abgegangen. Zwar hält er grundsätzlich an seinem bisherigen Standpunkt fest, daß der säumige Kontrahent aus der Fristsetzung müsse erkennen können, bis zu welchem Zeitpunkt der Gegner auf Erfüllung bezw. Vornahme der Spezifikation rechne. Im weiteren schließt er sich der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 8 S. 130 an und sagt, dem Gesetze sei auch Genüge geleistet, wenn die Dauer der Nachfrist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, die Absicht des vertragstreuen Teils über deren Dauer aber anderweitig erkennbar sei.

---

[91]) § 250 Ziff. 2. [92]) § 250, 4. [93]) a. a. O. S. 213.
[94]) § 19, S. 436. [95]) § 250, 5. [96]) § 238, 4b.
[97]) S. 267. [98]) RG. i. R. 1909 Nr. 2232.
[99]) 12. u. 13. Aufl. § 374 Anm. 87.

Denn die Nachfristsetzung sei so auszulegen, wie sie nach Treu und Glauben von dem Schuldner zu verstehen sei. Selbst wenn eine unbestimmte oder auch ganz allgemein eine angemessene Frist gesetzt würde, sei dem Gesetz noch entsprochen. Es dürfe sich nur die Unbestimmtheit nicht auf das Setzen der Frist, sondern sich nur auf ihre Dauer beziehen.

Auch m. E. sind an die Fristbestimmung nicht die von der ersten Ansicht geforderten strengen Anforderungen zu stellen. Wenn auch nach den eingangs gemachten Erörterungen die Fristbestimmung in erster Linie dazu dienen soll, eine Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse herbeizuführen, und wenn auch Romeick meint, nur eine nach Tagen, Wochen usw. bestimmte Frist schlösse einen nachträglichen Streit hinsichtlich ihrer Dauer aus, so ist dem entgegenzuhalten, daß auch hier immer noch ein Streit hinsichtlich ihrer Angemessenheit entstehen kann. Dann muß auch in diesen Fällen hierüber entschieden werden. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb man die Fristbestimmung an strengere Formen knüpfen soll, als es durch das Gesetz vorgeschrieben ist, zumal die Rechtssicherheit in keiner Weise mehr gefährdet wird als bei der gegenteiligen Ansicht.

3. Die beteiligten Personen:

a) Der Erklärende:

aa) Der Nichtsäumige persönlich.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß sowohl in § 326 BGB. als auch im § 375 HGB. der vertragstreue Gläubiger die Fristsetzung persönlich vornehmen muß. Durch die positive Gesetzesvorschrift ist nur ihm ein solches Recht zugesprochen. Daher hat der Gegenkontrahent, der säumige Schuldner, kein Recht darauf, daß ihm der Gläubiger eine Nachfrist setzt.[100]) Außer dem Gläubiger kommen ferner noch die Personen in Frage, die ihr Recht auf Fristbestimmung von dem Gläubiger ableiten. Da ist an erster Stelle der legitimierte Vertreter zu nennen, der kraft erteilter Vollmacht hier-

[100]) Vgl. Staudinger § 250, 1; Oertmann § 250, 2.

zu befugt ist. Man wird weiter mit Staub [101]) zu dem Ergebnis kommen müssen, daß der Anwalt im Prozeß ohne weiteres zu einer Fristbestimmung berechtigt ist, da er nach konstanter Rechtssprechung zur Annahme solcher empfangsbedürftiger Erklärungen gem. § 81 ZPO. befugt ist. Die Ermächtigung zum Angriff und zur Verteidigung im Prozeß enthält die Ermächtigung zur Entgegennahme und zur Abgabe aller zum Angriff und zur Verteidigung erforderlichen Erklärungen, auch wenn diese zugleich Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts sind und deshalb zugleich eine materiell rechtliche Wirkung haben.[102]) Voraussetzung ist aber immer, daß im amtsgerichtlichen Verfahren der Anwalt seine Vollmacht schriftlich zu den Akten einreicht, damit er sich legitimieren kann, es sei denn, daß er gemäß § 89 ZPO. einstweilen ohne den schriftlichen Nachweis als Geschäftsführer ohne Auftrag zugelassen wird.

Bei der von einer Gesellschaft ausgehenden Fristbestimmung müssen alle vertragstreuen Gesellschafter gemeinsam dieselbe vornehmen.[103]) Falls daher die Fristbestimmung lediglich von einem Gesellschafter vorgenommen wird, muß sie zur Erlangung der Rechtswirksamkeit noch von den anderen Gesellschaftern genehmigt werden und die Genehmigung dem Gegner gegenüber erklärt werden.[104]) Dies ist eine notwendige Folge des Grundsatzes, der für nachträgliche Genehmigung bei Gesamtvertretungen gilt, wonach nämlich die Genehmigung dem Vertragsgegner erklärt werden muß.

bb) Der Zessionar.

Des weiteren kann der Zessionar, dem der Gläubiger bezw. der Käufer den ihm zustehenden Anspruch cediert, genau wie der Zedent selbst die Fristbestimmung vornehmen. Das ergibt sich aus der Vorschrift des § 398 BGB., der in der Regel jede Forderung für übertragbar erklärt, und die Wirkung dieser Übertragung dahin bestimmt, daß mit dem Abschluß des Abtretungsvertrages der neue Gläubiger völlig die

---

[101]) Vgl. Staub § 374 Anm. 78.
[102]) Vgl. J. W. 01, S. 495. RG. Bd. 63 S. 413.
[103]) So auch RG. Bd. 66, S. 38. [104]) RG. Bd. 61, S. 225.

Rechtstellung des bisherigen Gläubigers einnimmt. Es muß daher bei Mangel entgegenstehender Vorschriften angenommen werden, daß durch die Abtretung eines Anspruches aus einem gegenseitigen Vertrage die Natur des Anspruches nicht verändert wird, mithin der andere Vertragsteil, ebenso wie er bei verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung dem Zessionar schadensersatzpflichtig ist, auch im Falle des § 326 BGB. die dort bestimmten nachteiligen Folgen seines Verzuges über sich ergehen lassen muß, wenn der Verzug dem Zessionar gegenüber wirksam geworden ist. Das ergibt sich auch aus der Erwägung, daß der bezügliche Interesseanspruch des Zessionars mit der Erfüllung, die er zweifellos verlangen kann, untrennbar zusammenhängt.[105]) Wenn man somit dem Zessionar den Interessenanspruch zuerkennt, dann muß man ihm auch die Mittel einräumen, um diesen Anspruch genau so geltend machen zu können, wie der Zedent. Dazu gehört dann auch die Befugnis der Fristsetzung.

cc) Die Fristsetzung im Urteil.

Eine andere Ausnahme von obigem Grundsatz ist noch dadurch geschaffen, daß die Fristbestimmung im Urteil vorgenommen werden kann und daher nicht von dem vertragsgetreuen Kontrahenten selbst, sondern nur auf seine Veranlassung hin durch den Richter. Die rechtliche Grundlage hierzu bietet der § 255 ZPO.:

> Hat der Kläger für den Fall, daß der Beklagte nicht vor dem Ablauf einer ihm zu bestimmenden Frist den erhobenen Anspruch befriedigt, das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder die Aufhebung eines Vertrages herbeizuführen, so kann er verlangen, daß die Frist im Urteil bestimmt wird.
>
> Das Gleiche gilt, wenn dem Kläger das Recht, die Anordnung einer Verwaltung zu verlangen, für den Fall zusteht, daß der Beklagte nicht vor dem Ablauf einer ihm zu bestimmenden Frist die beanspruchte Sicherheit leistet, so wie im Falle des § 2193, Abs. 2 des Bürgerlichen

[105]) Vgl. RG. Bd. 53, S. 403.

Gesetzbuches für die Bestimmung einer Frist zur Vollziehung der Auflage.

Die genannte Vorschrift setzt also voraus, daß nach materiellem Recht ein Leistungsanspruch besteht, für dessen Befriedigung eine Frist gesetzt werden darf, und daß die Nichterfüllung des Anspruches dem Gläubiger nach Ablauf der Frist neue Rechte gibt; so z. B. im Falle des § 326 BGB. einen Schadensersatzanspruch oder ein Rücktrittsrecht. Es ist daher die Fristbestimmung des § 326 BGB. durch Urteil zweifellos zulässig.[106]) Anders ist es mit der Bestimmung der Frist aus § 375 HGB. Da aus der Nichterfüllung der Spezifikation dem Käufer kein neuer Leistungsanspruch entsteht, könnte man mit Staub[107]) der Ansicht sein, daß im Falle des § 375 HGB. der § 255 ZPO. nicht Platz greife.

Das ist meines Erachtens aber unzulässig; denn § 255 ZPO. erfordert nicht, wie der zweite Absatz deutlich zeigt, daß aus der Nichterfüllung innerhalb der Frist ein neuer Leistungsanspruch für den Fristsetzenden entsteht. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß die dem Gläubiger erwachsende Befugnis eine Folge der Fristversäumung in Bezug auf eine Leistungsfrist ist. Daher wird der § 255 ZPO. entsprechend auch in genanntem Falle Anwendung finden müssen.[108]) Auch Staub ist jetzt von seiner früheren Ansicht abgewichen und dieser beigetreten.[109])

Der Rechtssatz des § 255 ZPO. soll dem Gläubiger, der auch außerhalb des Prozesses dem Schuldner eine angemessene Frist zu setzen befugt ist, eine raschere Verwirklichung seines Rechts dadurch sichern, daß auf seinen Antrag hin die Frist schon im Urteil zu bestimmen ist. Dieses Recht stellt einen Nebenanspruch des Klägers im Sinne von § 321 ZPO. dar. Falls daher eine diesbezügliche Entscheidung im Urteil übergangen ist, kann eine Ergänzung gemäß § 321 ZPO. erfolgen. Es sei noch erwähnt, daß diese Frist keine prozessuale, sondern eine solche des bürgerlichen Rechts ist und daher ihre

---

[106]) Vgl. Staub § 374, Anm. 80.
[107]) Staub 6. u. 7. Aufl. § 375 Anm. 6.
[108]) Stein-Jonas § 255, II, 4. [109]) 12. u. 13. Aufl. § 375 Anm. 7.

Berechnung nach § 186 BGB. stattfindet. Da die Frist im Urteil gesetzt wird, beginnt sie natürlich erst mit dessen Rechtskraft, und da gemäß § 318 ZPO. das Gericht einmal an seine Entscheidung gebunden ist, kommt eine nachträgliche Verkürzung oder Verlängerung durch das Gericht nicht mehr in Betracht.

dd) Die Weigerung des Erklärenden.

Die Fristsetzung muß, wie gesagt, durch eine Erklärung erfolgen und als solche auch zum Ausdruck gebracht werden. Es kann daher Cosack[110]) nicht Recht gegeben werden, wenn er eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wissen will, wenn der nichtsäumige Kontrahent eine Frist zu setzen sich weigert. Seine Begründung, die Weigerung der Nachfrist könne nicht anders behandelt werden, als das Setzen einer zu kurzen Nachfrist, kann bei unserer Darlegung bezüglich einer zu kurzen Frist nicht aufrecht erhalten werden. Wie dort, so muß auch hier gesagt werden, daß derjenige, der eine zu kurze Frist setzt, sich auf den Boden des Gesetzes stellt, er damit zum Ausdruck bringt, eine Frist setzen zu wollen und somit auch dem Gesetze zu genügen. Wenn er sich lediglich in der Beurteilung der Sachlage vertut, so kann ihm dies nicht zum Nachteil gerechnet werden. Es muß in diesem Falle eine angemessene Frist als durch die zu kurze in Lauf gesetzt erachtet werden. Wer dagegen keine Frist setzt, gibt damit deutlich zu erkennen, daß er nicht dem Gesetze genügen und sich auch auf keine Frist einlassen will. Daher kann auch eine Frist, die er gar nicht setzen will, nicht von selbst zu laufen beginnen.[111])

Ebenso kann Dernburg[112]) nicht zugestimmt werden, wenn er einfach an den fruchtlosen Ablauf einer angemessenen Frist die nachteiligen Folgen knüpfen will. Wenn er bei seiner Begründung sich auf die frühere Rechtsprechung beruft, so ist das insoweit nicht zu billigen, als der Wortlaut des früheren Handelsgesetzbuches und des jetzigen, soweit sie hier von

[110]) Bd. 1 § 123, III, 2, c.
[111]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 234; Staub § 374 Anm. 83 u. 106.
[112]) Bd. 2 § 98, IV, 1.

Interesse sind, auseinandergehen, ja sogar gegenteilige Bestimmungen enthalten. Nach dem früheren Art. 356 HGB. mußte der Kontrahent, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten wollte, dies dem anderen Teile anzeigen und ihm hierbei, wenn die Natur des Rechtsgeschäftes dies zuließ, eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. Dieses „Gewähren" wurde nun von der Rechtsprechung gleich einem passiven Verhalten, einem „Belassen", gestellt und daher keine positive Tätigkeit von dem Nichtsäumigen verlangt. Anders ist es jedoch in der neuen Gesetzgebung des § 326 BGB. Der Wortlaut dieser Vorschrift zwingt unbedingt zu dem Ergebnis, daß ein „Setzen" — eine positive Tätigkeit — entgegen dem früheren Gewähren — dem passiven Verhalten — gefordert wird.[113])

b) Der Erklärungsempfänger.

aa) Der Empfangsberechtigte persönlich.

Erklärungsempfänger ist im Falle des § 326 BGB. der in Verzug befindliche Schuldner und im Falle des § 375 HGB. der mit der Spezifikation in Verzug geratene Käufer oder deren legitimierte Vertreter. Denn nur für sie sollen die nachteiligen Folgen der Fristsetzung eintreten. Hierbei ist noch besonders zu beachten, daß bei einem Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 425 BGB. die Fristsetzung jedem der Beteiligten gegenüber vorzunehmen ist. Es steht eben jeder Schuldner völlig selbständig neben dem andern. Jeder hat nur für sich, nicht auch für den andern einzustehen. Es wirken daher auch die Folgen der Fristsetzung nur für und gegen den, in dessen Person sie eintreten.[114]) Dies ist besonders zu beachten, wenn seitens einer offenen Handelsgesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer Aktiengesellschaft, namens derselben schon vor ihrer Eintragung ein Kaufvertrag abgeschlossen ist. Wenn in einem solchen Falle nur dem Handelnden gegenüber die Fristsetzung erfolgt, dann wirkt sie

---

[113]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 234.

[114]) Vgl. RG. Bd. 72, S. 406.

auch nur gegenüber diesem. Falls daher den anderen Gesellschaftern gegenüber wirksam eine Fristbestimmung erfolgen soll, muß auch diesen gegenüber eine solche erfolgen.[115])

bb) Der zur Empfangnahme Berechtigte:

bb1) Bei Einzelvertretung.

Neben dem eben genannten muß man auf Grund des § 55 Abs. 2 HGB. auch den Reisenden, wenn er am Orte der Niederlassung reist, zur Empfangnahme als legitimiert ansehen. Ebenso kann einem Anwalt im Prozeß gegenüber wirksam die Fristbestimmung vorgenommen werden. Denn die Vollmacht enthält, wie schon bereits erwähnt, die Ermächtigung zur Empfangnahme und zur Abgabe aller zum Angriff und zur Verteidigung erforderlichen Erklärungen, auch wenn diese zugleich Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts sein sollten und deshalb zugleich eine materiell-rechtliche Wirkung haben.[116])

Den versteigernden Gerichtsvollzieher sowie den Auktionator kann man grundsätzlich nicht als zur Empfangnahme einer Fristbestimmung berechtigt ansehen.[117]) Man wird aber dennoch sagen müssen, daß sie zur Empfangnahme solcher Erklärungen legitimiert sind, wenn sie von dem Versteigerer auch mit der Übergabe der von ihnen verkauften Sachen betraut sind. Denn dann wird man sie auch zur Empfangnahme aller die Vertragserfüllung betreffender Erklärungen, sowohl zur Zeit der Versteigerung als auch nachher als legitimiert ansehen müssen. Dagegen ist der Zessionar nicht als legitimiert anzusehen auch für den Zedenten die Fristbestimmung entgegenzunehmen, wenn auch dieser in Anspruch genommen werden soll. In einem solchen Falle muß diese vielmehr dem Zedenten gegenüber erklärt werden.[118])

bb2) Bei Gesamtvertretung.

Bei einer Gesamtvertretung kann die Fristbestimmung jedem der Beteiligten gegenüber vorgenommen werden. (§ 171

[115]) Vgl. auch Staub S. 374 Anm. 79. [116]) Vgl. RG. Bd. 63, S. 413.
[117]) Vgl. RG. Bd. 70, S. 131. [118]) Vgl. Staub § 374 Anm. 79.

Abs. 3 ZPO.) Wenn in der Vorschrift des genannten § 171 Abs. 3 ZPO. ausgesprochen ist: „Bei mehreren gesetzlichen Vertretern genügt die Zustellung an einen derselben", so ist das keine Vorschrift, die nur für das Zivilprozeßrecht gilt. Es entspricht dieser Satz vielmehr dem allgemeinen Rechtsprinzip, das auch in der Rechtsprechung Anerkennung gefunden hat. Hiernach können Willenserklärungen einem von mehreren Gesamtvertretern gegenüber auch mit Wirkung für die vertretenen Personen abgegeben werden. Es genügt daher auch die Kenntnisnahme eines der Vertreter, um eine solche auch der übrigen vertretenen Personen anzunehmen.[119])

4. Fälle, in denen es keiner Fristsetzung bedarf.

a) Bei Verzicht des Säumigen.

Da die Fristbestimmung dispositiver Natur ist, muß den Parteien auch das Recht gegeben werden, auf die Fristbestimmung zu verzichten, ohne daß die Natur des gewöhnlichen Kaufgeschäftes verändert wird. Diese Vereinbarung kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend und sowohl vorher wie nachher erfolgen. Das ist heute anerkannten Rechtes.[120]) Es wird insbesondere durch den Wegfall der Nachfrist das Kaufgeschäft nicht zu einem Fixgeschäft des § 361 BGB. Denn beim gewöhnlichen Kaufvertrag ohne Nachfrist bleibt immer noch der Anspruch auf Erfüllung als Prinzipalanspruch auch nach Ablauf des Termins bestehen. Eben deshalb liegt kein Fixgeschäft vor, da bei diesem allein dadurch, daß der Schuldner am Fälligkeitstage nicht leistet, das Recht auf Erfüllung aufhört, das Primärrecht zu sein.[121]) Weiterhin muß man den Parteien auch das Recht einräumen, für den Fall des Verzuges eine bestimmte Frist zu vereinbaren, nach deren Ablauf die Befugnisse aus § 326 BGB. und § 375 HGB. für den Gläubiger bezw. den Verkäufer eintreten sollen. Es schließt z. B. ein Kaufmann mit einem Fabrikanten einen

---

[119]) So auch RG. Bd. 53 S. 231.

[120]) Vgl. Kreß S. 441; RG. Bd. 91, S. 308; Bd. 96, S. 297; RG. i. LZ. 1922, S. 194.

[121]) Vgl. Staudinger § 361, 1a.

Vertrag auf Lieferung von 10 Kisten darauf ab, daß er sich im Falle eines Verzuges eine Nachlieferung nur innerhalb einer Frist von einer Woche gefallen zu lassen brauche.[122])

b) Bei Erfüllungsverweigerung des Säumigen.

Bezüglich dieser Frage herrscht in der Literatur sowie in der Rechtsprechung lebhafter Streit.

Oertmann[123]) erachtet es als den Interessen des Schuldners widersprechend, im Falle einer Weigerung des Schuldners dem Gläubiger die Rechte aus § 326 BGB. und 375 HGB. auch ohne eine Fristsetzung zu geben. Es könnten dadurch für den Schuldner schwerwiegende Nachteile entstehen, die er oft nur durch ein unbedachtes Wort der Weigerung sich zuziehen könne.

Der gleichen Ansicht ist Rehbein.[124]) Er führt zur Begründung an, durch die vorherige Weigerung verzichte der Schuldner auf das Recht auf Fristsetzung. Da aber das Gesetz dem Schuldner kein Recht gewähre, könne er auf ein Recht, das er gar nicht hätte, nicht verzichten.

Nach Staub[125]) liegt es im Sinne der Gesetzgebung, daß dem Säumigen auch dann eine Frist mit dem schweren Präjudiz der Erfüllungsablehnung und des Entstehens jener sekundären Rechte gesetzt werde, wenn er sich geweigert habe zu erfüllen, bezw. zu spezifizieren. Das Gesetz mache für diesen Fall keine Ausnahme, obwohl es im § 326 Abs. 2 BGB. an die Regelung von Ausnahmefällen herangetreten sei. Dies habe aber seinen guten Grund. Es solle eben dem säumigen Kontrahenten, auch wenn er sich geweigert habe, durch die Fristsetzung nochmals vorgehalten werden, welch schwere Folgen aus seinem vertragswidrigen Verhalten gezogen werden sollen.

Der gleichen Ansicht ist auch Planck.[126]) Er führt aus, der Zweck der Fristbestimmung sei, die schwerwiegenden Folgen objektiv nicht unmittelbar an den Verzugseintritt, son-

---

[122]) So auch Düringer-Hachenburg Bd. 2, S. 218.
[123]) § 326, 3b, S. 206. [124]) S. 198/99.
[125]) Vgl. § 374 Anm. 74, 6. u. 7. Aufl. [126]) § 326, 2d.

dern erst an den vergeblichen Ablauf einer frühestens mit dem Verzugseintritt beginnenden Überlegungsfrist zu knüpfen. Weil die Folgen für den Schuldner schwerwiegender Art seien und der Schuldner sich ihrer nur bei sehr genauer Erkenntnis völlig bewußt würde, verlange das Gesetz wenigstens einen indirekten Hinweis, der ihm klar machen solle, daß er bei fortgesetzter Säumnis nicht mehr mit der nachträglichen Lieferung, bezw. Spezifikation davon kommen würde, daß ihn dann vielmehr die nachteiligen Folgen des Gesetzes treffen würden.[127])

Dieser Ansicht tritt eine Anzahl namhafter Kommentatoren entgegen.

Staudinger[128]) macht besonders geltend, die gegenteilige Ansicht belaste den Verkehr mit einem unverständlichen Formalismus und verkenne vollkommen die dispositive Natur jener Gesetzesvorschriften. Die Weigerung des Schuldners schließe einen Verzicht auf die Fristbestimmung in sich und brauche daher vom Gläubiger bezw. Verkäufer keine Frist mehr gesetzt zu werden. Allerdings müsse die Weigerung in ganz bestimmter Form erklärt werden.

Enneccerus[129]) sagt, bei Weigerung des Schuldners sei die Fristbestimmung lediglich als eine nutzlose Förmlichkeit zu betrachten. Aus der Natur und dem Zweck der Fristbestimmung ergebe sich ohne weiteres, daß der Schuldner sich durch seine Weigerung vom Vertrage losgesagt habe. Daher sei von der Fristsetzung, die somit lediglich eine nutzlose Förmlichkeit darstelle, Abstand zu nehmen.

In diesem Sinne äußert sich auch die Denkschrift zum Entwurf des HGB.[130]) Sie kommt im Anschluß an die frühere Rechtsprechung zu dem Ergebnis, daß die Fristsetzung dann nicht zu erfolgen brauche, wenn der säumige Teil sich nach der Fälligkeit bestimmt, endgültig und ernstlich geweigert habe, zu erfüllen.

---

[127]) Der gleichen Ansicht sind Staub i. D. J. Z. 1902, S. 67, Brückmann a. a. O. S. 220 ff., Simonson a. a. O. S. 121 ff.

[128]) § 326, II, 2. [129]) § 376, III, a. [130]) S. 238.

Der spätere Herausgeber des Staub'schen[131]) Kommentars ist von der früheren Ansicht abgewichen. Auch er hält eine bestimmte und unbedingte Weigerung des Gegners, bezw. des Käufers für erforderlich. Diese müsse sich als eine sogen. positive Vertragsverletzung kennzeichnen lassen. Daher genüge die Absicht, vom Vertrage loszukommen, die erkennbare Absicht, den Vertragsvollzug zu vereiteln, ja selbst die bestimmte und ernstliche Erklärung, den Vertrag nicht zu erfüllen, noch nicht. Es müsse vielmehr noch weiter außer Zweifel stehen, daß der sich Weigernde, wenn der Gegner auf gehörigen Vollzug beharren und eine Nachfrist setzen würde, bei seiner Weigerung verbleiben werde. Sei indes nicht ausgeschlossen, daß der sich Weigernde auf die Nachfristsetzung hin leisten würde, so sei immer noch eine Fristsetzung nötig.

Fast die gesamte Literatur tritt diesem Standpunkt bei.[132]) Auch Leonhard[133]) teilt diese Meinung, jedoch mit anderer Begründung. Er meint, wenn der Schuldner sich ganz bestimmt weigere zu liefern, so ergebe sich daraus oft sogar eine Kränkung des Gläubigers, jedenfalls aber eine starke Störung ihrer persönlichen Beziehungen. Demgegenüber könne man es dem Gläubiger nicht zumuten, daß er dann noch dem Schuldner entgegenkomme, ihm noch eine Frist setze und somit Aufschub gewähre. Jedoch müsse die Weigerung des Schuldners so beschaffen sein, daß sie bestimmt die Annahme der Leistung ausschließe.

Diesem Grundsatz ist das RG. in konstanter Rechtsprechung gefolgt. Es hat ihn in den neueren Entscheidungen wiederholt. Auch hier wird die ernstliche und bestimmte Weigerung des Schuldners von einem Gesichtspunkte aus betrachtet, der zu der eben erörterten strengen Auslegung führt.[134])

---

[131]) 9. Aufl. § 374 Anm. 84, § 375 Anm. 7.

[132]) Außer den schon angeführten: Kreß S. 437, Heck § 44, 3b; Dernburg Bd. 2 § 98, IV, 1; Niedner a. a. O. S. 443; Romeick in D. J. Z. 1901, S. 493; Fischer-Henle § 326 Ziff. 5.

[133]) S. 531.

[134]) Vgl. RG. Bd. 51, S. 350; 53, 13; 57, 113; 66, 420; 70, 380; 90, 318; 93, 285; 96, 21; 96, 342; 102, 266; 108, 69; 109, 236. RG. i. JW. 1908, S. 5, 1912, S. 140, 1913, 918; 1918, S. 131 u. 1919, S. 375.

Dieser herrschenden Meinung ist auch m. E. zuzustimmen, da sie am meisten den Verkehrsbedürfnissen gerecht werden kann. Mit Recht bemerkt der Bearbeiter der 13. Auflage des Staub'schen Kommentars,[135]) die Kaufmannswelt sei geneigt, in einem Rechtszustande, so wie er nach der gegenteiligen, von Staub damals vertretenen Ansicht bestehe, eine Lücke des Gesetzes und eine Ungerechtigkeit zu finden. Sie sei geneigt anzunehmen, daß der Schuldner, der vor der Fälligkeit erkläre, er werde zur Zeit der Fälligkeit nicht leisten, so behandelt werden müsse, wie ein bereits in Verzug geratener Schuldner. Er müsse sich daher gefallen lassen, daß der Gläubiger bezw. der Verkäufer jetzt schon seine Rechte geltend mache, die ihm der Verzug gewähre. Der gegenteiligen Ansicht, die sagt, man solle dem Schuldner nicht die schwerwiegenden Folgen des Gesetzes aufbürden, ohne ihm noch einmal durch die Fristbestimmung die Folgen seiner Weigerung vor Augen zu halten, ist, wie gesagt, insoweit recht zu geben, als eine Änderung in dem Willen des Schuldners bezw. der Weigerung zu erwarten ist. Wo die Weigerung des Schuldners aber als eine bestimmte und ernstlich gemeinte anzusehen ist, liegt kein Anlaß vor, ihm noch eine Frist zu setzen, mit der man nichts erreichen, und die somit nur eine nutzlose Förmlichkeit darstellen würde. Eine gegenteilige Ansicht müßte, wie Heckmann[136]) bemerkt, sicherlich als eine bedeutsame Gefährdung der für die Verkehrsinteressen unerläßlichen Grundsätze von Treu und Glauben und als ein beklagenswerter Rückschritt gegenüber der bisherigen Rechtsanschauung empfunden werden.

c) Bei Interessenlosigkeit des Nichtsäumigen.

Gemäß § 326 Abs. 2 BGB. ist ausnahmsweise eine Fristsetzung nicht erforderlich, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Hierbei ist wohl zu beachten, daß die Erfüllung des Vertrages sich nicht mit der Leistung des Schuldners deckt; denn irgend einen Wert wird die Ware immer noch haben, wenn

---

[135]) § 374 Anm. 76. [136]) S. 103.

sie auch dem Vertragszweck nicht im geringsten mehr zu dienen geeignet sein mag. Man wird die Formulierung etwa dahin fassen müssen, daß man sagt: „Die Erfüllung des Vertrages hat für den Gläubiger kein Interesse mehr, wenn sie nicht mehr geeignet ist, den ihr von dem Gläubiger gewollten Zweck zu erfüllen." Dabei ist es nicht erforderlich, daß sie für den Gläubiger ohne jegliches Interesse sein muß.[137]) Die Fälle sind z. B. gegeben, wenn der Käufer die Ware mit Rücksicht auf eine bestimmte Jahreszeit, ein bestimmtes Fest, z. B. Ostern, Weihnachten, oder mit Rücksicht auf eine bestimmte Mode gekauft hatte. Ob diese Absicht dem Verkäufer bekannt war oder nicht, ist bei dem bestimmten Wortlaut des Gesetzes gleichgültig. Ist die Jahreszeit, das Fest oder die Mode vorüber, so bedarf es gemäß § 326 Abs. 2 keiner Fristbestimmung mehr.[138]) Erforderlich ist aber, daß dieses Interesse des Gläubigers durch den Verzug des Schuldners geschwunden ist. Der Käufer kann daher sein mangelndes Interesse nicht dadurch dartun, daß ein Abnehmer vor dem Verzuge des Verkäufers wegen Nichtlieferung vom Vertrage zurückgetreten ist; denn hier ist das Interesse des Gläubigers nicht infolge des Verzuges entstanden, da der Verkäufer sich damals noch nicht im Verzuge befand.[139])

Der Frage, wann im Einzelnen der Wegfall des Interesses an der Leistung durch den Schuldner entstanden ist, soll hier nicht näher getreten werden.[140]) Es sei nur bemerkt, daß auch hier nicht der Verzug die sogenannte unmittelbare Ursache des Interessenwegfalles zu sein braucht, daß es vielmehr genügt, wenn er eine zureichende Bedingung derselben im Sinne

---

[137]) Vgl. RG. in Seuff. Arch. Bd. 60, S. 190.

[138]) Vgl. Staudinger § 326, II, 1; Staub § 374 Nr. 101; RG. Bd. 94, S. 326; RG. i. LZ. 1926, S. 45.

[139]) Vgl. Kreß S. 437; Enneccerus § 276, II, 1; Planck § 326, 1b; RG. Bd. 70, S. 131, Bd. 94, S. 326; 96, 129; 104, 375.

[140]) Bezüglich der weiteren, dies Thema nicht unmittelbar berührenden Frage, ob im Falle der Interessenlosigkeit des Gläubigers und der Erfüllungsverweigerung des Schuldners seitens des Gläubigers eine Erklärung erforderlich ist, er lehne die Erfüllung ab und verlange Schadensersatz vgl. Staudinger § 326, II, 2, RG. Bd. 91, 31; 106, 93; RG. i. R. 1921 Nr. 514, 1924, 349; RG. i. LZ. 1925, S. 1321. Die Frage wird m. E. mit Rücksicht auf § 242 BGB. zu bejahen sein.

des adaequaten Kausalzusammenhanges bildet.[141]) Hiernach ist jedenfalls eine Voraussehbarkeit des Erfolges für den Schuldner nicht erforderlich. Es können auch andere Umstände, die nicht in der Person des Schuldners liegen, mitwirken. Das zeigt deutlich die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden,[142]) wo nach dem Verzug des Verkäufers die Fabrik des Käufers abbrennt, und dieser zur Neueinrichtung die zu liefernden Maschinenteile nicht mehr gebrauchen kann.

Diese im letzten Abschnitt erörterte Ausnahme des § 326 Abs. 2 BGB. kann natürlich für den § 375 HGB. nicht Platz greifen. Das ist eben wegen der Natur letzterer Gesetzesnorm nicht möglich; denn dem Verkäufer ist im Falle des Verzuges das Recht gegeben, die Spezifikation selbst vorzunehmen. Die Ausdehnung dieses Rechtes setzt aber naturgemäß voraus, daß der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages noch interessiert ist.

C. Zusammenfassung.

Rückblickend kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Fristsetzung vom Gesetzgeber geschaffen ist, um dem Gläubiger eine schnellere Verwirklichung seines Rechts zu ermöglichen und vor allem, um eine Klärung der Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien herbeizuführen. Gerade deswegen hat die Fristsetzung auch im heutigen Verkehrsleben noch eine große Bedeutung. Man muß wohl bedenken, daß es sich bei den unter Nr. 4 genannten Fällen nur um Ausnahmen handelt, und es in allen anderen Fällen zuvor noch einer Fristsetzung bedarf. Somit sind die Regelfälle immer noch sehr häufig und infolgedessen ist die Fristbestimmung, insbesondere die genaue Kenntnis ihrer Voraussetzungen und ihrer Beschaffenheit für einen im Verkehrsleben Stehenden sehr wichtig und wohl zu beachten.

---

[141]) Vgl. Staudinger § 326, II, 1.
[142]) Vgl. OLG. Bd. 18, S. 4.